

LES

OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES

A ORDRE ET AU PORTEUR
DANS LA PRATIQUE MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 3 juin, à 14 heures

PAR

Maurice AVRIL

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Président. M. PILON, Professeur

*Suffragants. . . MM. PICARD, Chargé de Cours
ROUAST, Chargé de Cours*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT, 14

1929



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES

OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES

A ORDRE ET AU PORTEUR
DANS LA PRATIQUE MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 3 juin, à 14 heures

PAR

Maurice AVRIL

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Président. . . . M. PILON, Professeur

*Suffragants. . . MM. PICARD, Chargé de Cours
ROUAST, Chargé de Cours*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT, 14

1929



« C'est un spectacle toujours curieux que celui des transformations qui s'opèrent dans les théories de droit, sous la seule pression des faits et des exigences de la pratique... L'histoire de la clause à ordre et du transport des créances par l'endossement, offre un exemple remarquable du caractère progressif que conserve notre droit, même sous le régime de codification. »

Ch. BEUDANT, en note au *D.*
1878-1-241.

INTRODUCTION

1. UTILITE DU CREDIT HYPOTHECAIRE. —

L'industriel, le commerçant, l'agriculteur, pour lutter contre la concurrence nationale et étrangère, doivent améliorer constamment leur technique de production ou d'exploitation, adapter leur outillage et leur installation aux découvertes récentes.

Ces transformations: constructions ou achats de machines, nécessitent l'immobilisation de capitaux considérables qui ne seront amortis que lentement.

Pour trouver le crédit nécessaire, les producteurs vont penser tout naturellement à offrir en garantie aux prêteurs, leurs immeubles, par le moyen du prêt hypothécaire.

2. INCONVENIENTS DU PRET HYPOTHECAIRE. —

L'hypothèque est en effet la garantie la

plus solide que l'on puisse offrir à un créancier, puisque l'immeuble hypothéqué est affecté spécialement au remboursement de la créance: « *Plus cautionis in re est quam in persona* », dit le vieil adage.

Et cependant, le prêt hypothécaire ne semble pas jouir auprès des capitalistes, de la faveur à laquelle on s'attendrait. C'est qu'en face de l'avantage de sécurité, ce mode de placement présente de nombreux inconvénients:

3. 1^o Tout d'abord, la sécurité elle-même du placement peut être compromise:

a) Par le défaut de régularité dans le droit de propriété de l'emprunteur, ou par l'existence de privilèges ou d'hypothèques occultes, toujours à redouter avec le régime hypothécaire imparfait qui nous régit.

La jurisprudence s'est efforcée de protéger le créancier contre ces dangers en rendant responsable le notaire négociateur du prêt et rédacteur de l'acte.

b) Par la diminution de valeur du gage, provenant soit d'une baisse générale sur les immeubles, soit d'une dépréciation spéciale de l'immeuble hypothéqué, due par exemple à un mouvement de population ou à un changement de mode.

Dans ces cas le créancier ne pourra invoquer l'article 2131 du Code Civil pour exiger le remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque, car cet article ne prévoit la déchéance du terme que lorsque la dimi-

nution des sûretés provient de « dégradations » matérielles, et non lorsqu'elle résulte simplement des circonstances économiques.

4. 2° Les prêts hypothécaires portent en général sur des sommes importantes, et seuls les gros capitalistes peuvent les employer.

5. 3° Ils sont faits pour une longue durée, et le prêteur n'est jamais assuré de rentrer dans ses fonds au jour exact prévu pour le remboursement, la réalisation du gage hypothécaire étant une opération longue et onéreuse. De même le paiement des intérêts est souvent moins exact que pour les valeurs mobilières. « Le paiement exact des intérêts est aujourd'hui dans la pratique, une des difficultés capitales du prêt sur hypothèque, dit M. Decourdemanche. L'accomplissement des formalités que réclament l'expropriation et l'ordre, entraîne avec lui des lenteurs dont on ne peut prévoir le terme, et qui causent ainsi un préjudice notable aux créanciers ; le service des intérêts se trouve forcément suspendu, et ils se voient privés, quelquefois pendant deux ou trois ans, non seulement de leur capital, mais encore de leur revenu ». (Decourdemanche: Exposé du but et des opérations de la Compagnie générale de Mobilisation, 1843, p. 19)

6. 4° Enfin et surtout, la cession de la créance hypothécaire nécessite des opérations compliquées et coû-

teuses: acte notarié de cession-transport contenant subrogation du cessionnaire au cédant dans le bénéfice de l'hypothèque; enregistrement de l'acte de cession; envoi par le notaire d'une expédition au conservateur des hypothèques; mention de la cession en marge de l'inscription; signification de la cession au débiteur par acte d'huissier. Il en résulte des lenteurs et des frais considérables: honoraires du notaire, frais d'actes et de timbre, taxes et droits d'enregistrement, salaire du conservateur et frais d'huissier.

Peu importerait au prêteur de faire un placement à longue échéance s'il pouvait à tout moment rentrer dans ses fonds en cédant son titre. « L'acheteur d'un titre, écrit fort justement M. Germain Martin, attache de l'importance au revenu que lui assure la valeur acquise, mais aussi et surtout, à la possibilité qu'il a de transformer son titre en argent ». (Germain Martin: Les problèmes du crédit en France, 1919). Or la créance hypothécaire est en pratique très difficilement cessible: l'hypothèque alourdit la créance, et l'on a pu dire avec raison que dans le prêt hypothécaire, « le créancier est rivé à l'hypothèque ».

7. Tous ces inconvénients sont soulignés par Paul Leroy-Beaulieu, qui conclut: « Les placements hypothécaires présentent relativement à ceux en valeurs mobilières divers inconvénients; en premier lieu ils ne sont pas facilement réalisables, ils ne sont pas non plus divi-

sibles. La cession d'une créance hypothécaire est assez difficile et coûteuse. Ce genre de placement ne peut plus convenir qu'aux personnes ayant une fortune très bien établie et très stable, une existence qui ne comporte pas d'imprévu et qui ne doive pas les mettre dans la nécessité de réalisation ». (Paul Leroy-Beaulieu: L'art de placer et de gérer sa fortune, p. 31. V. également: Decourdemanche: Du danger de prêter sur hypothèque.

8. **CRISE DU CREDIT IMMOBILIER.** — Le résultat de ces inconvénients, c'est que le taux d'intérêt des placements hypothécaires est élevé. Cela s'explique par la rareté des prêteurs et par l'immobilisation prolongée du capital « Il est en effet aisé de comprendre, dit Cauwès, que l'intérêt soit variable suivant l'indisponibilité du capital qui fait l'objet du contrat de crédit ». (Cauwès: Cours d'économie politique, 3^e édition, n° 678).

Aussi le crédit immobilier ne s'est-il pas développé comme il l'aurait dû. Les statistiques de M. Edmond Théry montrent que le chiffre annuel des prêts hypothécaires n'a pas changé de 1877 à 1908, alors que le chiffre des valeurs mobilières a augmenté de plus de 35 % de 1892 à 1908. (Edmond Théry: La fortune publique de la France, pp. 95 et 197).

Cette opposition s'est encore accentuée depuis 1908.

9. **MOBILISATION DU CREDIT HYPOTHECAIRE.** — On a souvent accusé notre régime foncier

et hypothécaire d'être la cause principale de la crise du crédit immobilier. Il est défectueux, certes, mais ce sont les notaires rendus responsables par la jurisprudence. (V. *supra*, n° 3), qui auraient surtout à en souffrir.

La véritable cause de la crise, c'est le dernier inconvénient que nous avons signalé : la difficulté qu'éprouve le prêteur à céder son titre de créance hypothécaire. C'est à cela qu'il faut porter remède ; il faut « mobiliser » le crédit hypothécaire, c'est-à-dire rendre plus mobiles les titres de créance hypothécaire, faciliter leur circulation, leur cession. C'est le seul moyen de concilier l'intérêt de l'emprunteur, qui a besoin de crédit à long terme, et celui du prêteur qui ne veut pas « immobiliser » ses fonds pour une trop longue durée.

Tous les économistes (Cauwés, *op. cit.*, *supra*, n° 8, n° 678) et tous les juristes qui ont approfondi la question arrivent à cette conclusion. « L'attention des économistes et des jurisconsultes, dit Beudant, se porte depuis longtemps sur le moyen d'élargir le crédit foncier en le mobilisant. Il est acquis que faciliter la cession des titres hypothécaires, c'est donner aux créanciers un moyen plus rapide de rentrer dans les capitaux avancés ; c'est multiplier par là même le nombre des prêteurs, et par suite donner plus d'étendue au crédit ». (Beudant : note *in fine* au Dalloz 78-1-241. V. également Bufnoir, *infra*, n° 15).

10. MOBILISATION DU CREDIT HYPOTHECAIRE ET MOBILISATION DU SOL. — Il ne faut d'ailleurs pas confondre mobilisation du crédit hypothécaire et mobilisation du sol. Cette dernière est l'ensemble des procédés qui tendent à favoriser la transmission des immeubles en incorporant le droit de propriété dans un titre au porteur. Elle a pour but d'étendre artificiellement aux immeubles la facilité de circulation des meubles. Parmi les tentatives faites dans ce sens, on peut citer les « Handfesten » de la ville de Brême, qui étaient véritablement « une part de l'immeuble, la représentation matérielle et complète du bien-fonds considéré comme objet de gage », suivant l'expression de M. Challamel (Etude sur le régime foncier de la ville de Brême, 1878), et dont Baudry et de Loynes ont pu dire qu'ils réalisaient « la transformation de la propriété immobilière en valeurs de portefeuille ». (Baudry et de Loynes : Traité des hypothèques, 1899).

Certains économistes ont vivement critiqué la mobilisation du sol : ils craignaient de voir les immeubles, qui doivent rester la base stable des fortunes, devenir l'objet de la spéculation. Ces critiques, justifiées ou non, ne sauraient en tout cas être étendues à la mobilisation du crédit hypothécaire. Celle-ci ne poursuit en effet qu'un but beaucoup plus modeste : elle vise simplement à faciliter la circulation des créances hypothécaires.

11. LES CEDULES HYPOTHECAIRES DE L'AN III. — Le développement du crédit immobilier présentant pour le pays un intérêt considérable, puisque de lui dépend l'amélioration de l'industrie, du commerce et de l'agriculture (V. *supra*, n° 1), le législateur est intervenu pour tenter de réaliser la mobilisation du crédit hypothécaire.

D'abord en l'an III, en établissant les Cédules Hypothécaires, puis en 1852 en créant les lettres de gage du Crédit Foncier.

La loi du 9 Messidor an III qui organisait la publicité de l'hypothèque, instituait le système des Cédules Hypothécaires dans ses articles 36 à 83, sous le titre: De l'hypothèque sur soi-même. Tout propriétaire pouvait, en dehors de toute dette, se faire délivrer par le conservateur, un titre d'hypothèque sur son propre immeuble: la « Cédule Hypothécaire ». S'il venait ensuite à avoir besoin d'argent, il transférait ce titre à son prêteur, par le moyen d'un simple endossement, en garantie de l'emprunt. La Cédule se transmettait par endossements successifs, et pour en faciliter la circulation, le conservateur était rendu responsable de la valeur du gage, sauf à provoquer une expertise s'il le jugeait bon.

12. Cette innovation hardie, qui s'inspirait probablement de la législation des cantons Suisses, lesquels pratiquaient l'hypothèque sur soi-même depuis le dix-

huitième siècle, fut en général mal accueillie. La responsabilité écrasante du conservateur, en particulier, fut très vivement critiquée. Aussi le système des Cédules Hypothécaires fut-il supprimé par la loi du 11 Brumaire an VII, sans avoir reçu grande application.

On a discuté le caractère même des Cédules de l'an III. Certains y ont vu une tentative de mobilisation du sol et les ont formellement condamnées. « A peine produit, disait emphatiquement la Cour de Pau, le système de l'an III fit reculer d'épouvante ses propres auteurs. Le retour, même éloigné, à ces innovations hasardeuses, apparaît comme une menace effroyable ». Et de fait, l'hypothèque sur soi-même bouleversait nos conceptions traditionnelles, d'après lesquelles l'hypothèque est un droit accessoire, qui ne peut exister en dehors d'une créance.

Mais le système de l'an III contenait un principe fécond: l'idée de la circulation des titres hypothécaires par endossement était excellente. Ce fut, a dit M. Planiol, « un éclair de génie ». Cette idée sera reprise et développée plus tard par la pratique.

13. LES LETTRES DE GAGE DU CREDIT FONCIER. — Le décret du 28 février 1852, qui créait les sociétés de crédit foncier, lesquelles fusionnèrent en 1856 en un seul établissement: le Crédit Foncier de France, leur donnait le droit d'émettre des lettres de gage ou obligations foncières négociables.

Le Crédit Foncier faisait, aux propriétaires, des prêts hypothécaires, et pour trouver les capitaux nécessaires, émettait des obligations foncières négociables en Bourse. Il jouait donc le rôle de banque intermédiaire entre les emprunteurs et les prêteurs ; il prêtait d'une main ce qu'il recevait de l'autre. Mais les obligations foncières émises n'étaient pas à proprement parler des obligations hypothécaires : l'ensemble de ces obligations était bien garanti par l'ensemble des immeubles hypothéqués au profit du Crédit Foncier, mais aucune ne se trouvait spécialement garantie par un immeuble déterminé. En définitive le Crédit Foncier était seul créancier hypothécaire des emprunteurs, seul titulaire des inscriptions, et les porteurs de lettres de gage n'étaient que des créanciers chirographaires du Crédit Foncier. (V. P. Garnot: Des obligations hypothécaires au porteur en droit Français. Thèse Lyon, 1894, p. 53 ; L. Paston: Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur entre particuliers. Thèse Paris, 1907).

14. Le Crédit Foncier avait fait naître de grandes espérances. Pour lui on avait créé de véritables privilèges et donné des entorses à notre Code Civil ; c'est ainsi que la péremption décennale des inscriptions hypothécaires n'existe pas à son égard, et qu'il peut purger bien qu'étant simple prêteur. Ces espoirs furent en partie déçus : le Crédit Foncier n'a pas résolu la crise du crédit immobilier. Cette constatation pro-

voqua contre lui de violentes attaques: « Inutile au propriétaire foncier, simple instrument de spéculation, le Crédit Foncier n'a pas contenté les espoirs qu'on avait mis en lui. Il a eu cependant le don de retarder pour longtemps la grande œuvre de la mobilisation du crédit hypothécaire », dit M. Tourolle. (La Cédule Hypothécaire, 1913. V. également Abrial: De l'insuffisance du Crédit Foncier actuel; Gide: Cours d'économie politique, p. 359).

Sans aller aussi loin, on peut dire que les particuliers hésitaient à recourir à cet établissement, surtout parce qu'il ne leur prêtait pas sur leurs immeubles, autant qu'ils auraient pu obtenir d'un capitaliste: le Crédit Foncier, en effet, sous-estimait en général le gage, et n'avancait que 50 % de la valeur ainsi appréciée. « L'organisation d'un système de crédit appliqué à la propriété foncière est une de ces questions qui rentrent exclusivement dans le domaine de l'intérêt privé, dit M. Decourdemanche. C'est qu'en effet les investigations minutieuses dictées par l'intérêt privé peuvent seules conduire à une appréciation vraiment exacte de la valeur effective de l'immeuble et de la garantie réelle qu'il offre au prêteur; car la valeur réelle d'une propriété ne s'estime pas seulement eu égard à la nature et à la qualité du sol, mais aussi eu égard à sa position, à ses avoisinements, à la convenance d'actualité ou de destination que sa possession peut offrir à telle ou telle personne, et enfin au parti plus ou moins

avantageux que sait en tirer un propriétaire habile et instruit ». (Decourdemanche, *op. cit.*, au n° 5, p. 14).

Nous pouvons, en définitive, faire nôtre sur ce sujet la conclusion de M. Robert Pépin dans son étude sur « Le crédit hypothécaire et sa mobilisation » (Revue Foncière de France, janvier 1929) : « Le Crédit Foncier de France, organisme officiel soumis à des règlements fort rigides, ne pouvait suffire indéfiniment à tous les besoins du crédit immobilier ».

15. LES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES A ORDRE ET AU PORTEUR. — Après deux interventions du législateur, la mobilisation du crédit hypothécaire restait à l'état de problème. La pratique tenta de réaliser ce que la loi n'avait pu faire. Une question aussi délicate que celle du crédit hypothécaire ne pouvait en effet se résoudre d'un seul coup, et ce n'est que par tâtonnements que l'on pouvait arriver à une bonne solution.

Il fallait, avant tout, faciliter la circulation des titres hypothécaires. « Nous sommes d'accord, disait déjà Bufnoir le 22 février 1894, à la Commission extra-parlementaire du cadastre, qu'il convient de favoriser le crédit hypothécaire, et qu'un des bons moyens pour cela, c'est de faciliter au créancier hypothécaire la cession de sa créance garantie par une hypothèque ». (Procès-verbaux, fascicule V, p. 512 ; V. également

Beudant et Cauwés, *supra*, n° 9), et il repousse l'hypothèque sur soi-même comme une complication inutile. Dès lors, le moyen d'assurer la circulation de la créance hypothécaire, ainsi que l'avait vu le législateur de l'an III, c'est de permettre sa cession par endossement, en insérant dans le titre la clause de transmissibilité « à ordre » ; ou bien, en simplifiant encore, de permettre sa transmission par simple tradition du titre, en insérant dans celui-ci la clause « au porteur ». Le titre ainsi réalisé est l'obligation hypothécaire à ordre, ou au porteur ; le mot obligation étant pris ici dans le sens notarial de : titre de créance.

16. COMMERCIALISATION DU DROIT CIVIL.

— Les clauses à ordre et au porteur existaient depuis longtemps en droit commercial, dans les effets de commerce, avant d'être étendues à notre matière, aussi a-t-on dit que cette extension n'était qu'un cas particulier du mouvement général de commercialisation du droit civil, une application de la « loi d'expansion des institutions commerciales sur le domaine du droit civil », suivant l'expression de M. Thaller. « On reconnaît maintenant, dit M. Ch. Beudant, que le temps n'a pas moins de prix dans la vie civile que dans la vie commerciale, que la célérité et l'économie sont choses bonnes pour tout le monde, qu'il n'y a pas de raison pour en limiter le bénéfice à une classe de personnes. De plus en plus, la pratique civile tend à s'écarter des

habitudes lentes, graves, et parfois trop circonspectes du droit commun ; elle emprunte à la vie commerciale ses procédés ». (Beudant: note au *D.* 78-1-241). La souplesse et la simplicité du droit commercial devaient, ajoute-t-on, le faire remplacer le droit civil pour satisfaire les besoins croissants de crédit. (V. Laurent: *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, 1903 ; Wahl: *Précis théorique et pratique de droit commercial*, 1922, introduction).

17. Il faudrait se garder d'aller trop loin dans cette voie. Tout d'abord, pourquoi mettre en cause, à propos de clauses introduites dans un but purement pratique, un problème théorique aussi grave et aussi discuté que celui de l'assimilation du droit civil et du droit commercial. Ensuite, s'il est probable que les clauses à ordre et au porteur du droit commercial ont inspiré celles du droit civil, il est certain que les parties, en les insérant dans une obligation hypothécaire, n'ont eu pour but que de simplifier les formalités de cession, et n'ont nullement entendu se soumettre à toutes les règles du droit commercial touchant les effets de commerce. C'est ce que nous verrons en étudiant les effets des obligations hypothécaires à ordre et au porteur dans notre Chapitre IV.

18. HISTOIRE DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR DANS LES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES. — L'idée d'étendre les clauses à ordre et

au porteur aux obligations hypothécaires n'est d'ailleurs pas neuve.

Denisart signale qu'au dix-huitième siècle, à Lyon, l'usage était de passer par devant notaire, des obligations hypothécaires à ordre. (Denisart: Collection des décisions nouvelles, 1783, mot Obligation, nos 16 et 17). Ferrière, d'autre part, donne une formule d'acte de prêt hypothécaire dans lequel le débiteur s'engage à payer au prêteur ou au porteur de l'acte. (Ferrière: La science parfaite des notaires, 1728, p. 181).

Au dix-neuvième siècle, dès 1824, le député Casimir Périer institua un concours sur les moyens de donner au régime hypothécaire « une base à la fois plus large et plus solide », et le prix fut décerné à M. Decourdemanche qui voyait dans la transmission de la créance hypothécaire par voie d'endossement, le moyen de porter remède aux difficultés que rencontrait le propriétaire pour emprunter sur son bien.

Plus tard, le 25 avril 1850, un projet établissant la validité de la clause à ordre dans les obligations hypothécaires fut mis sur pied, mais il ne fut pas voté par suite de la cessation des pouvoirs de l'Assemblée législative.

Enfin en 1894, la Commission chargée d'élaborer le projet relatif à la réforme hypothécaire, décida également que le meilleur moyen de donner au crédit hypothécaire toute son extension, était de favoriser la transmission des créances hypothécaires, et présenta un avant-projet de loi d'après lequel les obligations hypo-

thécaires pouvaient être stipulées payables à ordre ou au porteur. Mais, encore une fois, on n'aboutit à rien.

19. PLAN. — Aucune loi n'établissant la validité des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires, l'insertion de ces clauses souleva des difficultés, et certains auteurs prétendirent qu'elles n'étaient pas valables.

Il nous faudra donc d'abord envisager dans un Chapitre Premier la question validité.

Une fois la validité établie, nous examinerons les applications primitives de ces clauses et les objections pratiques qu'elles soulevèrent. Ce sera l'objet de notre Chapitre Second.

Dans le Troisième Chapitre, nous montrerons comment ces difficultés ont été résolues grâce à l'établissement d'une banque intermédiaire entre emprunteurs et prêteurs, et nous étudierons l'organisation du système de prêts construit par cette banque.

Le Chapitre Quatrième sera réservé à l'étude des effets de l'insertion des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires, et spécialement dans celles émises par la banque en question.

Enfin dans un Chapitre Cinquième, nous examinerons l'aspect fiscal de la question, et nous verrons comment le fonctionnement du système ingénieux élaboré par la pratique a été entravé et partiellement détruit par une fiscalité excessive et mal comprise.

CHAPITRE PREMIER

Validité des obligations hypothécaires à ordre et au porteur

20. Une créance hypothécaire peut-elle être transmise par endossement ou par simple tradition? Telle est la question qui se pose au seuil de notre étude. Pour la résoudre, nous l'examinerons en deux points. Tout d'abord, une créance civile non hypothécaire peut-elle être transmise par ces procédés? Ensuite, ces procédés sont-ils applicables aux créances hypothécaires, sont-ils compatibles avec notre législation hypothécaire?

21. SECTION I. — VALIDITE DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR DANS LES CREANCES CIVILES NON HYPOTHECAIRES

L'article 1134 du Code Civil pose le principe de la liberté des conventions. Tout ce qui n'est pas formellement interdit par la loi est permis. Or, aucune loi ne prohibe l'insertion des clauses à ordre et au porteur dans les créances civiles. Il semble donc que, si les parties sont d'accord, elles peuvent stipuler que le titre de créance pourra être transmis par la voie de l'endossement ou de la tradition.

22. Parfaitement, ont répondu certains juristes. (Massé: Dictionnaire commercial, t. IV, n° 2996), mais si cette clause peut produire effet entre les parties, elle est en tous cas inopposable aux tiers.

A l'appui de cette opinion, ils invoquaient l'article 1690 du Code Civil, qui dispose: « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». Cet article, ont-ils dit, est d'ordre public, puisqu'il prescrit une mesure de publicité: les formalités de l'article 1690 correspondent, pour les créances, à la transcription pour les immeubles.

23. Cette affirmation est inexacte. L'article 1690 a certes pour but la protection des tiers contre les cessions clandestines, mais rien ne prouve qu'il soit d'ordre public; et si l'insertion des clauses en question n'est pas susceptible de léser les intérêts des tiers, elle est parfaitement valable.

Les tiers protégés par l'article 1690 sont: les cessionnaires de la même créance, le débiteur cédé, et les créanciers du cédant qui veulent former sur la créance une saisie-arrêt.

24. 1° Tout d'abord, pour les créances nominatives ordinaires, le cessionnaire pourrait craindre que son

cédant ait déjà transmis son droit à une autre personne. Aussi, avant d'acquérir la créance, il se renseignera auprès du débiteur. Si celui-ci déclare n'avoir été informé d'aucune cession, il pourra se porter cessionnaire en toute tranquillité. En effet, si le débiteur a fourni un faux renseignement, il a engagé sa responsabilité ; et s'il y a eu cession antérieure non signifiée, le nouveau cessionnaire est couvert par l'article 1690 : la cession antérieure ne lui est pas opposable.

Au cas de titre de créance transmissible à ordre ou au porteur, la créance ne peut être transmise sans le titre. Il ne peut donc y avoir deux cessions successives : seul est cessionnaire celui à qui le titre est transmis. Le cessionnaire est protégé du fait que le titre lui est remis, et il n'a à craindre aucune cession antérieure.

25. 2^o D'autre part, l'article 1690 exige qu'on signifie les cessions au débiteur cédé, afin que ce dernier ne soit pas exposé à payer deux fois, ce qui se produirait s'il payait à une personne qui a déjà cédé la créance.

Mais au cas de titre à ordre ou au porteur, le débiteur cédé est protégé, puisqu'il se libère valablement entre les mains du porteur, sauf faute de sa part, ainsi que nous le verrons plus loin. (V. *infra*, nos 124 et s.).

26. 3^o Quant aux créanciers du cédant, « qu'il y ait ou non signification, leur situation est la même, puisque dans l'un et l'autre cas, ils n'ont, ni plus ni moins,

la ressource d'aller s'informer auprès du souscripteur de la dette ». (Paston, *op. cit.*, *supra*, n° 13). Voir également *infra*, nos 131 et 132.

27. L'article 1690 n'est donc pas d'ordre public. Les parties peuvent y déroger puisque cette dérogation n'est pas de nature à nuire aux intérêts des tiers. La clause à ordre ou au porteur insérée dans l'acte d'obligation sera valable non seulement *inter partes*, mais encore à l'égard des tiers, et la cession de la créance civile à ordre ou au porteur sera opposable à ces derniers, sans qu'il soit besoin de faire signification au débiteur.

D'ailleurs, remarque M. Ch. Beudant en note au D. 78-1-241, l'acceptation de la clause à ordre ou au porteur par le débiteur constitue une acceptation anticipée des cessions ultérieures, et lorsqu'elle a lieu par-devant notaire, elle réalise les conditions de l'article 1690, § 2.

28. La loi commerciale, peut-on enfin ajouter, prévoit elle-même l'existence de billets à ordre civils, donc de créances civiles contenant la clause à ordre, dans l'article 639 du Code de Commerce, à propos de la compétence, et aussi, implicitement, dans l'article 189 du même Code, à propos de la prescription.

29. **DOCTRINE.** — La doctrine s'est depuis long-

temps ralliée à l'opinion en faveur de la validité. Voir notamment: Merlin: Questions de droit, v. Porteur; Troplong: Vente, 806; Gillard: De l'hypothèque conventionnelle, nos 219 et s.; Guillouard: Traité de la vente et de l'échange, t. II, n° 792; Tissier: note au S. 97-1-161; Aubry et Rau: § 359 *bis*, texte et notes 24 *bis* et *ter*, et 25, 5^e édition, p. 212; Planiol: Traité élémentaire de droit civil, t. II, nos 1620, 2671, 3061; Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 1915, pp. 933 et 996 note 1; Lacour: Précis de droit commercial, 1912, n° 1347; Thaller: Traité élémentaire de droit commercial, nos 1337-1343; Lyon-Caen et Renault: Traité de droit commercial, t. III, n° 98; t. IV, n° 156.

30. M. Ch. Beudant, en note au D. 78-1-241, admet également la validité, mais il distingue: selon lui, l'usage de ces clauses devrait être réservé aux seuls actes dressés en brevet. En effet « quand il s'agit d'obligations notariées par acte rédigé en minute, il peut arriver que le débiteur ou ses héritiers paient sur la minute au créancier originaire, ignorant la cession intervenue, que rien n'a porté à leur connaissance ».

Cette objection est peu sérieuse: le débiteur ou ses héritiers, sachant que la créance est à ordre ou au porteur, devront exiger, lors du paiement, la remise de la grosse. Précaution élémentaire, puisqu'ici « en fait au moins, le droit se confond avec l'écrit qui le cons-

tate, la cession du droit avec la remise du titre », observe M. Beudant lui-même. Il n'y a donc aucune distinction à faire, et toutes les créances civiles ordinaires peuvent être stipulées payables à ordre ou au porteur, qu'elles soient rédigées en brevet ou en minute.

31. **JURISPRUDENCE.** — La jurisprudence s'est d'ailleurs toujours prononcée dans le sens de la validité. Voir notamment :

1^o Pour la clause à ordre: Cassation Requêtes, 11 avril 1849 (*Sirey* 1849-1-305) ; Civile, 8 mai 1878 (*Dalloz*, 1878-1-241, et note de M. Ch. Beudant). Cet arrêt remarquable, rendu par la Chambre Civile sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Desjardins, s'exprime en termes formels: « Cette stipulation (paiement au créancier ou à son ordre) est licite, aucune loi ne l'interdisant... Elle rend l'obligation transmissible par l'endossement, et cette transmission s'accomplit à l'égard du débiteur cédé aussi bien qu'entre le cédant et le cessionnaire... En effet les dispositions des articles 1690 et 1691 du Code Civil ne sont pas d'ordre public: les contractants peuvent y déroger ». Civ. 4 décembre 1878 (*S.* 79-1-103) ; Civ. 7 mai 79 (*S.* 79-1-421) ; *Req.*, 15 mars 92 (*S.* 94-1-495).

2^o Pour la clause au porteur: Civ. 15 janvier 1855 (*S.* 55-1-257) ; *Req.*, 4 juin 78 (*S.* 78-1-404) ; Civ., 9 novembre 96 (*S.* 97-1-161, et note Tissier) ; Civ., 31 octobre 1906 (*S.* 08-1-305, et note Lyon-Caen).

32. Remarquons en terminant que cette validité résulte logiquement de l'opinion admise par la jurisprudence et la majorité de la doctrine, d'après laquelle le débiteur de titre à ordre ou au porteur s'oblige envers les porteurs successifs par déclaration unilatérale de volonté et non par contrat. Cette déclaration unilatérale de volonté est en effet possible en droit civil comme en droit commercial. (V. *infra*, n° 132).

33. SECTION II. — VALIDITE DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR

DANS LES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES

Depuis l'établissement de cette jurisprudence certaine et constante, la première question n'est plus discutée : les clauses à ordre et au porteur sont admises sans difficulté dans les créances civiles ordinaires.

Dès lors, il semblerait qu'on puisse les introduire également dans les obligations hypothécaires. En effet l'hypothèque n'est qu'un droit accessoire, qui ne modifie pas la nature de la créance et suit cette dernière dans toutes les mains où elle passe : *Accessorium sequitur principale*. C'est ce que confirme l'article 1692 du Code Civil en disant : « La vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège ou hypothèque ». La créance civile étant reconnue transmissible par endossement ou tradition, l'hypothèque le sera également, et sera transférée avec la créance dont elle est l'accessoire.

34. L'introduction des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires a cependant soulevé de nouvelles difficultés. (V. *Répertoire Dalloz*: Effets de Commerce, n° 273, et Privilèges et Hypothèques, n° 1267; Cabantous: Note au S. 38-1-208; Massé: Dictionnaire de droit commercial, t. IV, n° 2996). Ce sont ces critiques que nous allons maintenant examiner:

35. 1^o L'article 2115 du Code Civil dispose: « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi ». La loi, a-t-on dit, n'a prévu que l'hypothèque nominative, et non point l'hypothèque à ordre ou au porteur. Ces dernières formes sont donc interdites.

36. C'est mal interpréter l'article 2115. Les « formes » de l'hypothèque visées par ce texte, ce ne sont point les formes: nominative, à ordre ou au porteur, mais les formes: légale, judiciaire ou conventionnelle. C'est ce que précise l'article 2116 en ajoutant: « Elle (l'hypothèque) est légale, ou judiciaire ou conventionnelle ». Ces textes, qu'il ne faut pas séparer, ont pour but de supprimer une autre sorte d'hypothèque que connaissait l'ancien droit: l'hypothèque générale qui s'attachait à tous les actes notariés sans qu'une stipulation expresse fût nécessaire.

37. 2^o Un second argument contre la transmissibilité des obligations hypothécaires par endossement ou par

tradition, a été tiré par M. de Folleville (Traité de la possession des meubles et des titres au porteur, 1875, p. 320, n° 162) de l'article 2152 du Code Civil. « Il est loisible, dit cet article, à celui qui a requis une inscription, ainsi qu'à ses représentants ou cessionnaires par acte authentique, de changer au bureau des hypothèques, le domicile par lui élu dans cette inscription, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le ressort du tribunal civil de première instance de la situation du bien ».

Le Code, dit M. de Folleville, ne parle que des cessionnaires par acte authentique ; c'est donc que seule la cession par acte authentique est possible.

38. Raisonnement bien fragile ! Si la cession authentique est la seule prévue, ce n'est pas forcément la seule autorisée.

39. D'ailleurs, si l'on interprète à la lettre les termes de l'article 2152, que peut-on en déduire ? Tout au plus que pour pouvoir changer le domicile élu dans l'inscription, il ne suffit pas d'être cessionnaire, il faut encore être cessionnaire par acte authentique.

40. Bien mieux, on peut soutenir que loin d'être un argument contre la validité des cessions par simple endos ou tradition, c'est un argument en leur faveur. Le Code, en effet, a stipulé : « les cessionnaires par

acte authentique » ; c'est donc qu'il peut exister d'autres cessionnaires, qui, eux, ne pourraient pas changer le domicile élu dans l'inscription.

41. 3° Enfin, et c'est là l'objection principale, on a soutenu que l'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur était incompatible avec notre législation hypothécaire : incompatible avec les règles de l'inscription, et incompatible avec la procédure de purge.

42. a) Tout d'abord, l'article 2148 du Code Civil exige que les bordereaux d'inscription contiennent « les nom, prénoms, domicile du créancier, et sa profession s'il en a une ». C'est donc que l'obligation hypothécaire doit être nominative et ne peut être à ordre ou au porteur.

43. Nullement ! Il est parfaitement possible, avec les obligations hypothécaires à ordre et au porteur, de se conformer à la règle de l'article 2148, en mentionnant les nom et qualités du premier porteur du titre, au nom duquel l'inscription sera prise. Ces nom et qualités ne sont d'ailleurs exigés que pour l'inscription, et aucun texte n'oblige à les mentionner dans le titre de créance hypothécaire lui-même.

44. Certains auteurs soutenaient même que l'inscription pouvait être prise « au porteur », sans mentionner

aucun nom. Notamment Aubry et Rau, t. III, § 270, note 1 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes: *Privilèges et Hypothèques*, t. II, nos 1614 et 1615 ; Laurent, t. XXXI, n° 45 ; Wahl: *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, pp. 364 et 365 ; Labbé: *Note au S.* 92-1-113 ; Sarrut: *note au D.* 02-1-49. En effet, ce qui intéresse les tiers, pour la protection desquels on exige l'inscription, ce n'est pas le nom du créancier, c'est la situation hypothécaire de l'immeuble.

Cette opinion a été corroborée par la loi du 1^{er} mars 1918 et l'instruction générale du 17 mai 1918, desquelles il résulte qu'il n'y a plus à distinguer entre les mentions substantielles et les mentions non substantielles du bordereau, et que l'omission des énonciations prescrites par l'article 2148 n'entraîne la nullité que s'il en résulte un préjudice pour les tiers. Or nous avons vu que le nom du créancier est indifférent aux tiers.

45. b) Ensuite et surtout, on a soutenu que l'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur était incompatible avec la procédure de purge. L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué qui veut opérer la purge des hypothèques inscrites, doit en effet, aux termes des articles 2183 du Code Civil et 753 du Code de Procédure, adresser certaines notifications aux créanciers, pour que ceux-ci puissent intervenir et défendre leurs droits. Ces créanciers sont inconnus dans le système des obligations hypothécaires à ordre et au porteur, puisque la

créance circule sans que le débiteur soit informé des transmissions successives. L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué ne pourra donc leur adresser les notifications exigées, et ne pourra par suite purger.

46. C'est bien mal lire les articles 2183 du Code Civil et 753 du Code de Procédure ! Les notifications prévues par ces articles ne doivent pas être faites à la personne même du créancier, personne qui, effectivement, peut être inconnue de l'acquéreur, mais « au domicile élu dans l'inscription ».

Ces notifications peuvent, il est vrai, ne pas parvenir au porteur du titre de créance, ou lui parvenir trop tard, s'il n'a pas eu la prudence de rester en contact permanent avec le domicile élu, et c'est une des objections pratiques que nous retrouverons plus loin. (V. *infra*, n° 60) ; néanmoins elles auront valablement été faites et l'acquéreur pourra purger. C'est cette conclusion que résume Paston (*op. cit.* au n° 13) en disant : Dans cette dernière critique, « il y a quelque chose d'exact, mais seulement en fait, nullement en droit ».

47. **DOCTRINE.** — La plupart des auteurs, après avoir admis l'introduction des clauses à ordre et au porteur dans les créances civiles ordinaires, en ont admis l'extension aux obligations hypothécaires. Voir notamment : Merlin : Hypothèques, § 18 ; Troplong : Vente, 906. . Sous l'empire du Code Civil, dit Troplong,

la cession d'une hypothèque n'est soumise à aucune inscription *ad hoc*. A tort ou à raison, la loi a voulu qu'une hypothèque pût se transmettre par des procédés occultes... Or qu'importe pour les principes fondamentaux du régime hypothécaire, que les cessions d'une hypothèque valable se fassent par un mode ou par un autre, par le transport ordinaire ou par l'endossement (ou la tradition) ? ce régime ne saurait en être essentiellement affecté, puisqu'il ne s'en occupe pas. Il pourra en résulter peut-être quelques complications nouvelles, imprévues, difficiles (ce sont ces complications que nous examinerons dans notre Chapitre II), mais quand la loi n'a pas défendu un acte, la liberté des transactions doit prévaloir ». Planiol et Ripert : *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, n° 449 ; Lyon-Caen et Renault : *Traité de droit commercial*, t. VI, n° 1532.

Le *Répertoire Dalloz* lui-même, après de nombreuses réticences, finit par se ranger à cette opinion. « Si nous sommes touchés, conclut-il, des graves objections que l'on tire contre la validité de la cession au droit hypothécaire par la simple voie de l'endossement (ou de la tradition)... des embarras, des impossibilités même que créent, pour la purge de l'hypothèque, ces transmissions successives, et qui ne laissent pas de traces auxquelles on puisse reconnaître le véritable créancier, **nous sommes forcés d'avouer, pourtant, qu'on ne trouve aucun texte dans la loi qui prohibe ce mode de**

transmission, et que la nature de l'hypothèque, contrat accessoire, n'y répugne pas absolument ».
(*Répertoire Dalloz: Privilèges et Hypothèques*, n° 1267).

48. **JURISPRUDENCE.** — La jurisprudence s'est également ralliée à cette opinion. Voir notamment:

1° Pour les obligations hypothécaires à ordre: Cassation Requêtes, 10 août 1831 (S. 31-1-371) ; *Req.*, 21 février 1838 (S. 38-1-208, et note de Cabantous en sens contraire).

49. 2° Pour les obligations hypothécaires au porteur: Cassation Civile, 29 juin 1881 (*D.* 82-1-106) ; *Civ.*, 24 octobre 1911 (S. 14-1-241).

50. **LEGISLATION.** — Enfin la loi elle-même a reconnu indirectement la validité des obligations hypothécaires à ordre et au porteur en les frappant de taxes spéciales:

1° L'article 24 de la loi de budget du 31 décembre 1921 dispose: « Est porté à 3 %, sans décimes, le droit de 1 % en principal applicable, en vertu de l'article 60, § 3, n° 3, de la loi du 22 Frimaire an VII, aux actes portant obligations hypothécaires au profit du porteur de la grosse, aux billets à ordre notariés contenant constitution d'hypothèque, ainsi qu'à tous autres titres d'obligations hypothécaires dont la cession, pour être parfaite, n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1690 du Code Civil... »

51. 2° Ce texte a été modifié par l'article 47 de la loi de budget du 13 juillet 1925, ainsi conçu: « Est porté à 5 % en principal le droit prévu à l'article 24 de la loi du 31 décembre 1921, relatif aux grosses au porteur ».

Ces textes seront commentés plus loin, au Chapitre V.

Désormais, la discussion n'est plus possible: les obligations hypothécaires à ordre ou au porteur sont pleinement valables.

CHAPITRE II

Les applications primitives et les objections pratiques

52. La validité des obligations hypothécaires à ordre et au porteur étant admise, nous allons voir quelles furent les applications primitives de ces obligations ; à quelles difficultés se heurtèrent ces applications ; et comment ces difficultés empêchèrent pendant longtemps l'usage des obligations hypothécaires à ordre et au porteur de se répandre.

53. SECTION I. — LES APPLICATIONS PRIMITIVES

PARAGRAPHE I. — Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur émises directement par les particuliers.

Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur furent d'abord employées directement par les particuliers. « Les contractants, dit M. Ch. Beudant, tenaient à profiter des nombreux avantages de la forme à ordre et de l'endossement : plus de facilités et moins de frais.

Le débiteur emploie une forme qui favorise son crédit, le créancier a entre les mains une valeur qui lui permet, par une négociation prompte et sans frais, de rentrer dans ses fonds ». (Beudant: Note au *D.* 78-1-241). Cette remarque doit être étendue à la forme au porteur, encore plus pratique puisque la signature du cédant n'est même plus nécessaire: la simple tradition du titre opère cession.

54. **FORME.** — La constitution d'hypothèque doit être faite par acte notarié (art. 2127 C. C.). Elle peut être faite par acte rédigé en minute, ou par simple acte en brevet; l'article 2148 du Code Civil dispose en effet que pour prendre inscription, on représente l'original en brevet ou une expédition authentique de l'acte. En pratique on n'emploie guère que l'acte rédigé en minute, car la grosse est pourvue de la force exécutoire.

A la demande de leurs clients, les notaires rédigèrent donc des formules de grosses hypothécaires à ordre ou au porteur. Le traité pratique et formulaire général du notariat, de Defrénois, nous en donne plusieurs formules (Formules 1700, 1701 et 1702, t. IV, p. 382). Voir également une formule d'obligation à ordre dans la *Revue du Notariat*, du 15 juin 1928, n° 22.342.

Dans les formules d'obligations à ordre, l'emprunteur reconnaissait devoir payer au prêteur ou à son ordre.

Dans les formules d'obligations au porteur, le nom du premier porteur figurait en général, grâce à la

clause suivante: « A reconnu devoir au porteur des présentes, ce accepté par M. X.... comme prêteur et premier porteur du titre, la somme de... »

Le titre stipulait également que la transmission se ferait par endos à ordre apposé sur la grosse, ou par simple remise de la grosse, sans qu'il soit besoin de faire signification au débiteur.

L'immeuble était hypothéqué « au profit du prêteur et de tous les bénéficiaires successifs de la créance résultant des présentes ».

55. PARAGRAPHE II. — Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur émises directement par les sociétés.

Les sociétés, pour trouver du crédit à long terme, employèrent également les obligations hypothécaires à ordre et au porteur, surtout les obligations au porteur. (V. Formule n° 1703 du Traité pratique et formulaire général du Notariat, de Defrénois).

Mais comme elles avaient besoin de sommes considérables, elles fractionnaient l'emprunt: au lieu de remettre, par exemple, un titre de un million à un seul emprunteur, elles émettaient dix mille obligations hypothécaires au porteur de cent francs. Et cela, disait-on, avait pour avantage de mettre le prêt hypothécaire à la portée de toutes les bourses, et de pallier ainsi au second inconvénient des prêts hypothécaires, signalé plus haut (V. *supra*, n° 4). De plus, le faible montant

des titres de créance en facilitait la transmission: on trouve plus facilement preneur pour un titre de cent francs que pour un titre de cent mille francs. Enfin l'augmentation du nombre des prêteurs permettait d'envisager la diminution des intérêts.

En face de ces avantages, les obligations au porteur émises directement par les sociétés, présentaient des inconvénients pour l'emprunteur et des dangers pour les prêteurs. Ce sont ces critiques spéciales, dues au fractionnement de la créance, que nous allons examiner avant de présenter les objections pratiques que l'on peut faire aux obligations à ordre et au porteur en général.

56. SECTION II. — CRITIQUES

PARAGRAPHE I. — Critique spéciale des obligations émises directement par les sociétés.

1^o Tout d'abord, l'emprunteur, avec ce système de fractionnement de l'emprunt, risque de ne pas placer tous les titres créés, et de ne trouver ainsi qu'une partie des crédits qu'il escomptait. De plus le placement des titres est lent, ce qui peut gêner la société emprunteuse si elle a besoin immédiatement des fonds.

57. 2^o Mais c'est surtout le prêteur qui court de gros risques: comment les dix mille petits obligataires, dispersés un peu partout, vont-ils pouvoir assurer la protection de leurs droits? L'émiettement de la créance les désarme.

On a pensé résoudre la difficulté en groupant les obligataires en une « Société civile d'obligataires » qui les représenterait. Cette société est établie avant l'émission de l'emprunt, et ses statuts reçoivent l'adhésion de chaque obligataire par le seul fait de sa souscription. Elle est gérée par un ou plusieurs administrateurs qui ont pouvoir et mission de faire tout ce qui est nécessaire à la sauvegarde de la créance répartie entre tous les obligataires, par conséquent d'accepter l'affectation hypothécaire que confère dans un acte spécial la société emprunteuse, d'en prendre inscription au bureau des hypothèques, de tenir la main à l'exécution des engagements contractés envers les prêteurs, prendre toutes mesures conservatoires, faire et recevoir toutes notifications et significations, suivre le recouvrement de la créance dans tous ordres et distributions, de donner mainlevée des inscriptions après remboursement des titres.

Mais l'expérience prouve que la société emprunteuse, qui établit les conditions de l'emprunt, rédige, directement ou en sous-main, les statuts de la société civile d'obligataires, et impose aux obligataires des contrats d'adhésion. De plus, elle s'arrange toujours pour avoir dans sa main les administrateurs de la société d'obligataires. « La société civile d'obligataires, dit M. Gazeau, sera presque toujours dirigée par des hommes de confiance, pour ne pas dire des hommes de paille de la société débitrice ». (Gazeau: Les associations d'obliga-

taires dans les sociétés par actions. Thèse Paris, 1921). Cela est si vrai qu'une proposition de loi de M. Chastenot, tendant à empêcher ces abus, a été votée par le Sénat, le 9 décembre 1924 ; mais on n'a pas encore pu aboutir à une loi.

Voilà donc comment les obligataires sont protégés ! La société emprunteuse pourra émettre des obligations pour une somme dépassant de beaucoup la valeur réelle du gage hypothécaire, et ensuite elle pourra, grâce à la complicité des administrateurs de la société civile d'obligataires, diminuer encore les garanties et les droits des porteurs d'obligations.

Les tribunaux, dans une jurisprudence confuse et souvent contradictoire, ont parfois tenté de réagir en annulant les actes des administrateurs de la société d'obligataires qui portaient trop gravement atteinte aux droits des porteurs. On peut cependant conclure que dans le système des obligations hypothécaires au porteur émises directement par les sociétés par voie de fractionnement de la créance, les obligataires ne sont pas protégés.

58. PARAGRAPHE II. — Objections pratiques aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur en général.

1^o INCERTITUDE DES EFFETS. — Les parties, a-t-on dit, en insérant dans leur contrat la clause à ordre ou celle au porteur, ne savent pas à quoi elles

s'engagent. Nous verrons en effet dans notre Chapitre IV, que la doctrine et la jurisprudence sont loin d'être fixées sur les effets des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires. Doit-on leur appliquer les règles du droit commercial relatives aux effets de commerce? Doit-on étendre le principe de l'inopposabilité des exceptions au porteur de bonne foi? Contre qui le porteur peut-il recourir en cas de non-paiement? Y a-t-il garantie solidaire des endosseurs successifs dans l'obligation à ordre? Autant de questions controversées. Si la validité des obligations hypothécaires à ordre et au porteur est universellement reconnue, les effets de ces obligations sont encore très discutés. Il est donc imprudent d'insérer ces clauses, qui peuvent exposer le débiteur ou le créancier à des surprises désagréables.

59. Il est vrai que les effets légaux des clauses à ordre et au porteur insérées dans les obligations hypothécaires sont incertains, mais les parties ont un remède fort simple à leur portée: pour éviter toute discussion, elles n'auront qu'à stipuler formellement dans leur contrat, la solution qu'elles entendent adopter sur les points où il pourrait y avoir doute. Nous verrons au Chapitre IV quelles clauses elles feront bien d'insérer pour éviter tous ennuis et pour trancher les difficultés de façon aussi équitable que possible.

60. 2^e **DANGER DE PURGE.** — Nous avons vu

(au n° 46) que les notifications à fin de purge, prévues aux articles 2183 du Code Civil, et 751 et 753 du Code de Procédure, sont valablement faites par l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué, au domicile élu dans l'inscription. Ces notifications ont pour but de permettre au créancier de défendre ses droits, au cas où l'immeuble aurait été vendu trop bon marché, en requérant la mise aux enchères publiques de l'immeuble et en s'engageant à faire porter le prix à un dixième en plus. Le créancier a donc le plus grand intérêt à connaître les notifications à fin de purge.

Dans les obligations à ordre et au porteur, le titre circule sans publicité. Il arrivera donc souvent que le porteur ne sera pas touché par les notifications, s'il n'a pas eu la prudence de se tenir en contact permanent avec le domicile élu. De même, en cas d'exécution forcée ou d'expropriation pour cause d'utilité publique, le créancier, ne pouvant être atteint, risque d'être forclos en ne produisant pas à temps à l'ordre ouvert. « C'est là le réel écueil de ces obligations et le seul grief qu'on puisse invoquer contre elles », avoue Paston (*op. cit.* au n° 13). Cet écueil, on ne peut l'éviter qu'en plaçant entre l'emprunteur et le prêteur, un organisme spécialisé qui assurera la liaison, ainsi que nous le verrons au Chapitre III.

61. 3° **NECESSITE D'UN GARANT.** — Pour que le titre soit facilement cessible, il ne suffit pas que les

formalités de cession soient simples, il faut encore que les garanties offertes soient d'une solidité indiscutable. Et particulièrement dans l'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur, il faut que l'acquéreur soit certain que l'immeuble hypothéqué a une valeur suffisante pour assurer son remboursement au cas d'insolvabilité du débiteur à l'échéance. La nécessité de vérifier la consistance du gage préalablement à la cession, rend celle-ci moins facile dans les obligations hypothécaires nominatives ordinaires, et restreint la circulation du titre au marché local. De plus, la nécessité de surveiller constamment l'état du gage pour en éviter le dépérissement par l'incurie ou la négligence du propriétaire, fait que les titres hypothécaires ne se transmettent, en pratique, qu'entre personnes habitant la même région : celle de l'immeuble. On a dit : « Le créancier est rivé à l'hypothèque ». (V. *supra*, n° 6). Il faudrait dire plus : il est rivé à l'immeuble hypothéqué lui-même.

62. Il faut, pour que la créance circule facilement et dans un marché étendu, que quelqu'un garantisse la valeur du gage hypothécaire. Le législateur de l'an III l'avait bien compris en instituant le conservateur des hypothèques responsable de la valeur de l'immeuble hypothéqué, dans les Cédules Hypothécaires transmissibles par endossement. (V. *supra*, n° 11). Mais cette responsabilité était trop lourde : le conservateur n'était

nullement qualifié pour donner une telle garantie ; de plus sa fortune personnelle, si considérable qu'elle fût, était elle-même une garantie pécuniaire insuffisante, en face de tous les prêts qu'il devait pour ainsi dire cautionner.

63. On songea ensuite à la responsabilité des notaires rédacteurs : le notaire négociateur du prêt est, disait-on, garant de la valeur de l'immeuble hypothéqué, vis-à-vis de tous les porteurs successifs comme vis-à-vis du créancier originaire, signataire de l'acte. Mais les notaires s'ingéniaient à trouver des clauses qui les exemptaient d'une telle responsabilité (v. *infra*, n° 66), sans toutefois y arriver toujours.

64. En définitive, rien ne garantissait de manière certaine et absolue la valeur de la garantie hypothécaire dans les obligations hypothécaires à ordre et au porteur, au moment de la constitution du prêt et pendant toute sa durée. C'est ce que M. Michel Georges constatait dans un article de l'*Economiste Français*, du 5 janvier 1889 : (De la réforme du crédit immobilier), en disant : « Il manquera toujours à ces titres l'appoint indispensable d'une signature ou d'une griffe de société connue qui permette de leur donner dès le premier abord une valeur ».

Nous verrons au Chapitre III que la société souhaitée par M. Michel Georges a été créée, et comment elle a

garanti la valeur du gage hypothécaire et mis au point un système d'obligations hypothécaires à ordre ou au porteur capables de circuler facilement.

65. 4° **HOSTILITE DES NOTAIRES.** — Les notaires n'ont pas vu d'un bon œil l'introduction des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires. Ces clauses entraînaient en effet pour eux de nouvelles obligations et de nouvelles responsabilités :

a) Tout d'abord nous avons vu que les obligations hypothécaires à ordre et au porteur tendaient à faire retomber sur le notaire, s'il n'y prenait garde, l'ancienne responsabilité du conservateur.

b) De plus, le notaire, chez qui domicile était en général élu, devait faire diligence pour faire parvenir au porteur les notifications à fin de purge et autres actes adressés à son étude. En cas de négligence, sa responsabilité était engagée. (Cass., 24 juin 1902).

c) Il devait également veiller à ce que le créancier, en recevant paiement, restituât la grosse au débiteur. Il aurait été responsable si le créancier, ayant conservé la grosse après paiement, l'avait transmise à un tiers de bonne foi.

d) Il devait enfin faire mentionner le paiement sur la grosse, au moment où le créancier la remettait au débiteur après paiement, sinon il encourait une grave responsabilité. L'emprunteur pouvait en effet remettre frauduleusement la grosse en circulation, par l'inter-

médiaire d'un complice. Dans ce cas, les porteurs subséquents n'étaient plus garantis par aucune hypothèque, puisque l'hypothèque constatée dans le titre s'était éteinte au moment du paiement antérieur, avec la créance dont elle était l'accessoire. Cette hypothèse n'est d'ailleurs pas de pure théorie ; il s'est présenté des cas de remise en circulation d'obligations hypothécaires après paiement. Voir notamment l'affaire Thibaud, au *D. P.* 52-2-280 (Bordeaux, 18 mars 1852).

66. « En résumé, le notaire est le pivot des prêts hypothécaires à ordre et au porteur », disait Paston (*op. cit.* au n° 13, p. 214).

Les notaires n'acceptaient d'ailleurs pas volontiers ce rôle, noble mais dangereux. « Les notaires, disait le 24 février 1925 à la Chambre des Députés, M. Schleiter, ancien président de la Chambre des notaires de Verdun, sont par principe hostiles à la grosse au porteur puisqu'elle comporte pour eux des responsabilités et des risques ». Les Chambres de notaires déconseillaient l'emploi des clauses à ordre et au porteur, et exigeaient du notaire rédacteur un écrit constatant que c'est sur une réquisition expresse du client qu'il a été contraint de dresser une obligation hypothécaire à ordre ou au porteur. Dans cette dernière, on insérait la formule suivante : M. X. emprunteur et M. Y. prêteur « lesquels se sont présentés devant le notaire soussigné pour réaliser de la manière suivante les conventions ci-après

arrêtées directement entre eux, sans le concours ni la participation du dit notaire ».

M. Robert Pépin conclut fort justement, dans la *Revue du Notariat*, du 15 juin 1928 (p. 467, note 4), en disant : « Si les grosses à ordre (ou au porteur) présentent certains avantages pour les créanciers, cela ne va pas sans créer aux notaires un surcroît de travail et de responsabilités, si bien que la généralisation de ce système ne se conçoit pratiquement qu'avec, entre créanciers et débiteurs, un organisme centralisateur, spécialement organisé pour suivre les opérations diverses qui peuvent être la suite du prêt ». C'est cet organisme centralisateur et le système qu'il a créé que nous étudierons dans le Chapitre III.

67. SECTION III. — RARETE DES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES A ORDRE ET AU PORTEUR DANS LES SYSTEMES PRIMITIFS.

Dangers pour les créanciers, absence d'un garant qui assure la circulation facile et large du titre, hostilité des notaires, due à l'augmentation de leurs obligations et de leurs responsabilités, telles sont les causes qui ont empêché pendant longtemps les obligations hypothécaires à ordre et au porteur, cependant reconnues valables, de se développer dans la pratique.

On peut dire que pendant longtemps ces obligations ont été considérées comme des curiosités juridiques, des pièces de musée notarial issues des exigences de

quelques maniaques, et dont la pratique généralisée semblait fort improbable.

Cette rareté d'application ressort nettement des conclusions des auteurs qui ont étudié la matière: « Ce procédé ne semble pas avoir reçu dans la pratique une application aussi étendue qu'on pouvait l'espérer », dit M. A. Choquart en 1909. (Choquart: Les clauses à ordre et au porteur dans les obligations notariées. Thèse Paris, 1909). « Les titres hypothécaires négociables répondent à un besoin évident. Nous devons à la vérité de dire que l'usage n'en est pas très répandu. Il faut en voir la raison dans leur mauvaise organisation. Ces deux procédés auraient besoin d'être étudiés, perfectionnés, expérimentés d'une façon approfondie », reprend M. J. Chérest en 1912. (Chérest: La mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables. Thèse Paris, 1912). Le vœu de M. Chérest a été réalisé par une société qui s'est spécialisée dans les prêts hypothécaires et qui a trouvé une formule heureuse pour utiliser les obligations hypothécaires à ordre et au porteur tout en évitant leurs inconvénients. C'est cette organisation que nous allons maintenant étudier, et nous montrerons comment elle surmonte les difficultés que rencontraient les applications primitives des obligations hypothécaires à ordre et au porteur, et qui entravaient leur développement.

CHAPITRE III

Le système moderne

La société Foncière du Nord de la France

68. Nous avons vu (nos 60, 64, 66 et 67 *in fine*), que le seul moyen d'introduire largement les obligations hypothécaires à ordre et au porteur dans la pratique, le seul moyen qui permette de parer aux objections soulevées, c'est d'introduire, entre l'emprunteur et le prêteur, une société intermédiaire, un organisme spécialisé qui assure leur liaison (V. n° 60, *in fine*), qui facilite la circulation du titre en garantissant la valeur du gage hypothécaire (V. n° 64, *in fine*) et qui décharge les notaires des obligations supplémentaires qui leur incombaient (V. n° 66, *in fine*).

La plupart des auteurs qui ont spécialement étudié la matière arrivent d'ailleurs à cette conclusion. « Il est nécessaire, dit M. Marcel Lucas dans la *Revue du Notariat*, du 15 mars 1919, de chercher à rétablir sous une forme pratique, la sécurité du placement, non pas, comme l'avaient fait les rédacteurs de la loi de Messidor an III, en rendant le conservateur des hypothèques responsable de la valeur du gage hypothécaire, mais en

faisant cautionner les obligations hypothécaires au porteur par des établissements de crédit, agissant dans leur pleine indépendance, spécialisés dans ce genre d'opérations et présentant, de ce fait, une garantie indiscutable ».

M. Chérest (*op. cit.* au n° 67) voyait déjà la solution du problème du crédit hypothécaire dans « une organisation plus complète encore des emprunts hypothécaires ordinaires... et l'organisation de banques spécialisées traitant exclusivement des affaires hypothécaires... Nous n'avons en France, ajoutait-il, qu'un établissement qui fasse des opérations de ce genre: le Crédit Foncier. Il n'a pas donné les résultats que l'on en attendait. Il faut donc favoriser, comme en Suisse (M. Chérest étudiait l'organisation hypothécaire Suisse), la création de sociétés sérieuses, bien organisées ». Voir dans le même sens, l'opinion de M. Michel George (*supra*, n° 64, *in fine*) et de M. Robert Pépin (*supra*, n° 66, *in fine*).

69. M. Decourdemanche, qui s'était spécialisé dans l'étude des questions hypothécaires (V. *supra*, nos 3 et 14), avait bien compris que l'existence d'une banque privée intermédiaire entre emprunteurs et prêteurs était nécessaire à la mobilisation du crédit hypothécaire. Et c'est convaincu de cette nécessité qu'il avait fondé en 1842 la **Compagnie Générale de la Mobilisation**. Cette société, après enquête sur la valeur des immeubles, fai-

sait aux propriétaires des prêts hypothécaires, et faisait prendre inscription. Elle émettait ensuite, en représentation de chaque prêt, des « mandats hypothécaires » transmissibles à ordre ou au porteur, qui bénéficiaient concurremment de l'inscription, et dont elle garantissait le remboursement. Elle créait ainsi des titres hypothécaires pouvant circuler facilement grâce aux clauses à ordre ou au porteur et grâce à la garantie de la banque. De plus, le fractionnement de la créance facilitait la transmission des titres et permettait l'accès des petits capitalistes aux prêts hypothécaires. (V. *supra*, n° 55).

70. Le système était ingénieux ; malheureusement l'application péchait par la base. M. Decourdemanche s'imaginait en effet que la Société n'avait pas besoin de disposer d'un capital important, puisque, d'après les principes, il ne pouvait y avoir de pertes. « Quant aux pertes, disait-il (*op. cit.* au n° 5, p. 26), il ne saurait y en avoir puisque les opérations de cette Compagnie se bornent à la création et à la négociation de mandats hypothécaires, garantis de la manière la plus réelle et la plus solide, par des immeubles scrupuleusement estimés ».

Erreur de théoricien ! Tout d'abord, il peut y avoir des pertes, dues à un défaut d'estimation ou à une baisse de la valeur des immeubles en général ou de l'immeuble hypothéqué en particulier. (V. *supra*, n° 3). Et surtout,

nous dirons sans jeu de mots que pour se porter garant il faut présenter des garanties. Seul un établissement ayant un fort capital social, ayant comme on dit vulgairement « les reins solides », peut inspirer au public la confiance nécessaire à la circulation des titres.

71. Ce n'est qu'au début du vingtième siècle que se constitua une banque privée ayant pour but le développement des prêts hypothécaires grâce aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur, et offrant une garantie effective aux porteurs des titres créés: la Société Foncière du Nord de la France. C'est cet établissement et son système de prêts que nous allons maintenant étudier.

D'autres banques ont utilisé depuis des procédés analogues, mais nous nous bornerons à l'étude monographique de la Société Foncière du Nord, parce qu'elle fut la créatrice du système, et parce que c'est elle qui présente le capital social le plus important.

72. SECTION I. — **LA SOCIÉTÉ FONCIÈRE DU NORD DE LA FRANCE**

La Société Foncière du Nord de la France est une banque hypothécaire créée à Lille en 1909 par un groupe de notabilités financières, commerciales et industrielles de la région du Nord.

Son organisation, d'abord régionale, ne tarda pas à s'étendre à toute la France.

Son capital est actuellement de 51 millions de francs, auxquels il faut ajouter 31 millions de réserves.

Vingt années de fonctionnement régulier, un capital important, sont des garanties qui permettent à cet établissement d'émettre des obligations hypothécaires à ordre et au porteur avec la confiance des prêteurs. Dans ces titres en effet, outre la valeur du gage immobilier, « l'honorabilité de l'établissement émetteur et sa solidité forment les meilleures garanties », dit M^e Voiturier, président de l'Association Nationale des Notaires de France. (Discours de M^e Voiturier devant l'Assemblée des Notaires du ressort de la Cour d'Appel de Paris, le 10 octobre 1920. Voir également *supra*, n^o 69, *in fine*).

73. ORGANISATION. — La Société, ainsi que nous le verrons plus loin (V. *infra*, n^o 80), est à la fois prêteuse, c'est-à-dire première porteuse du titre hypothécaire à ordre et au porteur, et garante du remboursement vis-à-vis des porteurs subséquents. A ce double titre, elle a le plus grand intérêt à apprécier très exactement, d'une part la qualité juridique et les garanties pécuniaires et morales de l'emprunteur, et d'autre part la situation juridique et la valeur économique de l'immeuble offert en garantie.

Ces investigations sont assurées par les services de la Société. Les Services techniques examinent l'affaire au point de vue juridique, le Comité d'expertises l'exa-

mine au point de vue de la solidité des garanties, et enfin le Conseil d'Administration l'examine au point de vue financier et décide en dernier ressort s'il y a lieu de consentir le prêt et dans quelles conditions.

74. 1^o **Les Services techniques**, composés de juristes, étudient la situation juridique de l'immeuble et de l'emprunteur. Ils examinent la capacité de l'emprunteur, ses titres de propriété, la situation hypothécaire de l'immeuble, etc...

L'emprunteur, dans sa demande de prêt, doit déclarer son état civil ; son régime matrimonial ; tutelles et hypothèques légales ; privilèges et hypothèques ; servitudes, actions résolutoires, rescisoires ou révocatoires, saisies, antichrèses ou autres charges pouvant nuire à l'effet des garanties offertes ; baux de plus de 18 ans ; cessions ou quittances anticipées de loyers de plus de 6 mois, etc... Ces déclarations sont contrôlées par les soins des Services techniques. La Société est particulièrement bien placée pour obtenir tous renseignements sur la situation juridique, pécuniaire et morale de l'emprunteur, puisqu'elle est en relations constantes avec les notaires, ainsi que nous le verrons. (V. *infra*, n^o 102)

L'emprunteur doit fournir à l'appui de toute demande de prêt : 1^o Les titres de propriété ou une note établie par son notaire, contenant : la désignation des immeubles avec indication de leur nature et de leur affecta-

tion ; l'énonciation des références cadastrales ; et l'origine de propriété complète, régulière et trentenaire de ces immeubles.

2° Une copie de l'acte de mariage ou une expédition du contrat de mariage, s'il en a été fait un, ou, s'il s'agit d'une Société, un exemplaire des statuts, une copie certifiée des deux derniers bilans et la liste des membres composant le Conseil d'Administration.

Ayant vérifié la capacité et la propriété de l'emprunteur, et la situation hypothécaire de l'immeuble, les Services techniques repoussent la demande de prêt si elle n'est pas susceptible d'être retenue, et la transmettent au Comité d'expertises dans le cas contraire.

75. 2° **Le Comité d'expertises**, composé d'architectes, d'ingénieurs et d'experts, va déterminer la valeur des garanties offertes.

L'emprunteur, dans sa demande de prêt, a dû fournir :

1° La désignation détaillée des constructions, avec l'indication des surfaces couvertes, du mode de construction et du nombre d'étages, et un plan avec, si possible, un jeu de photographies ;

2° La désignation avec évaluation détaillée des machines et du matériel immeuble par destination ou, s'il s'agit d'un immeuble de rapport, une déclaration de revenus et charges annuels avec baux à l'appui ;

3° Les polices d'assurance contre l'incendie des constructions et du matériel ;

4° La cote des contributions de l'année courante ou, à son défaut, celle de la dernière année ;

5° Un permis de visiter les biens offerts en garantie.

Muni de ce permis, le Comité va faire estimer sur place, par des personnes qualifiées, la valeur des immeubles.

76. 3° **Le Conseil d'Administration**, enfin, choisi par l'Assemblée générale des actionnaires parmi les associés compétents et possédant au moins 50 actions de 500 fr. (article 11 des statuts), va décider si le prêt doit être consenti et dans quelles conditions.

Il verra d'abord si la Société peut prêter, en s'inspirant des renseignements obtenus sur l'emprunteur. Ce dernier doit, dans sa demande de prêt, indiquer le but de l'emprunt, la destination des fonds empruntés. Le Conseil d'Administration verra d'un œil plus favorable les emprunts faits en vue d'améliorer le gage hypothécaire: d'y édifier des constructions, de faire des agrandissements ou transformations, par exemple.

Il déterminera ensuite combien la Société peut prêter, en fonction de l'estimation faite par le Comité d'expertises. La Société ne peut prêter plus de 60 % de la valeur du gage hypothécaire. C'est le chiffre que recommandait Paul Leroy-Beaulieu dans son ouvrage: *L'Art de placer et de gérer sa fortune* (*op. cit.* au n° 7).

Enfin il dira dans quelles conditions la Société peut prêter, en s'inspirant des circonstances économiques et financières.

77. Un **Comité juridique**, composé de personnalités juridiques, est placé à côté de la Direction de la Société. Il se tient au courant de toutes les questions et de tous les faits nouveaux, ayant rapport à un titre quelconque, aux opérations hypothécaires. Il est constamment à la disposition des Services techniques de la Société, pour les éclairer sur les cas délicats qui pourraient se présenter.

78. **L'ACTE D'OUVERTURE DE CREDIT.** — Le prêt ayant été décidé, et ses conditions une fois établies, la Société passe avec l'emprunteur un contrat d'ouverture de crédit, auquel le notaire de l'emprunteur est appelé à concourir. C'est en réalisation du crédit ouvert que seront créées les obligations hypothécaires à ordre et au porteur, prévues d'ailleurs dans l'acte d'ouverture.

L'ouverture de crédit comporte affectation hypothécaire en garantie du remboursement du prêt qu'elle prévoit, et le bénéfice de l'hypothèque sera transmis aux obligations créées ultérieurement. « L'hypothèque, disent en effet Aubry et Rau, peut être attachée à une obligation simplement éventuelle, et notamment à celle qui résultera de la réalisation d'une ouverture de crédit... L'hypothèque stipulée pour sûreté d'un crédit ouvert, prend rang au jour de son inscription, et non pas seulement du jour des avances faites au crédité ». (Aubry et Rau, § 266, t. III, p. 476 et s. V. également Guillouard, t. II, nos 1032 et 1033; Lyon-Caen et

Renault: *Traité de droit commercial*, t. IV, n° 729 ;
Cass. Civ., 21 novembre 1849: *S.* 1850-1-91, et *Req.*,
8 mars 1853: *S.* 1855-1-214).

79. L'INSCRIPTION. — La Société Foncière du Nord fait inscrire l'hypothèque « à son profit et au profit des futurs bailleurs de fonds » aussitôt après la signature de l'acte d'ouverture de crédit, « en agissant en son nom personnel et aussi au nom et pour le compte des futurs bailleurs de fonds, propriétaires des titres au porteur ou à ordre prévus en l'acte d'ouverture de crédit ».

L'inscription mentionne la nature spéciale du prêt, et reproduit les clauses de l'acte d'ouverture de crédit.

Ayant pris inscription, la Société avance les fonds au crédité, et celui-ci reconnaît le prêt qui lui est fait en signant les obligations hypothécaires à ordre et au porteur. Nous allons maintenant faire l'étude de ces obligations.

80. SECTION II. — LE SYSTEME DES CEDULES HYPOTHECAIRES

Voici le principe du système créé par la Société Foncière du Nord de la France: Au lieu de se faire délivrer une seule obligation hypothécaire nominative de un million, par exemple, la banque se fait délivrer cent obligations hypothécaires à ordre ou au porteur de dix mille francs, et les transmet ensuite aux capitalistes,

par endossement ou tradition, en garantissant le paiement exact des intérêts et le remboursement du capital à l'échéance. Ainsi, grâce au fractionnement de la créance, elle assure la commodité du placement des titres et de leur transmission ultérieure ; et grâce à la garantie qu'elle donne et à la clause à ordre ou au porteur, elle facilite la circulation des obligations.

La Société Foncière du Nord remet aux capitalistes auxquels elle transmet l'acte d'obligation :

- 1^o La grosse notariée constatant l'obligation ;
- 2^o Un certificat hypothécaire délivré par le conservateur des hypothèques ;
- 3^o Un acte de cautionnement, par lequel la Société se porte garante du paiement exact des intérêts et du remboursement du capital à l'échéance ;
- 4^o Une feuille de coupons pour le paiement des intérêts.

L'ensemble de ces pièces a reçu le nom de Cédule Hypothécaire, bien que le système d'obligations hypothécaires à ordre et au porteur créé par la Foncière du Nord ne rappelle en rien le système de l'hypothèque sur soi-même des Cédules de l'an III. (V. *supra*, n^o 11).

La Cédule Hypothécaire forme le titre hypothécaire complet qui va se transmettre par simple endos ou tradition. Nous allons examiner successivement chacun des éléments qui la composent.

81. PARAGRAPHE I. — La grosse hypothécaire à

ordre ou au porteur. — C'est la pièce essentielle, puisque c'est elle qui constate la créance. De plus, elle a force exécutoire. Elle est rédigée en formule imprimée, ainsi que le permet la loi du 21 février 1926 sur la forme des actes notariés, avec des espaces vides pour l'inscription manuscrite des noms du notaire et des parties, des sommes prêtées, de la désignation des immeubles hypothéqués, des dates, etc...

L'acte d'obligation est passé entre l'emprunteur et la Société Foncière du Nord de la France agissant comme première bénéficiaire de la grosse, en exécution de l'acte d'ouverture de crédit dont nous avons parlé.

Outre les mentions habituelles aux obligations hypothécaires, la grosse à ordre ou au porteur contient certaines **clauses particulières** :

82. 1^o **INDIVIDUALISATION DE LA GROSSE.**

— Chaque grosse est individualisée sous un numéro d'ordre (art. 2 de la grosse). Il y a autant de numéros que de grosses créées en application de l'acte d'ouverture de crédit. La formule de délivrance, apposée à la fin de chaque grosse, après la formule exécutoire, est la suivante: « En foi de quoi le notaire soussigné a délivré à la Société Foncière du Nord de la France la présente grosse individualisée sous le numéro... pour servir de titre exécutoire à la Société Foncière du Nord de la France et aux futurs bénéficiaires d'endos (ou : aux futurs porteurs) à concurrence de la somme de... en principal, plus tous intérêts et accessoires ».

83. 2^o **CLAUSES PARTICULIERES QUANT A L'HYPOTHEQUE.** — Après l' « Affectation hypothécaire », où sont décrits les immeubles hypothéqués, et les « Formalités hypothécaires », où est mentionnée la prise d'inscription opérée en vertu de l'acte d'ouverture de crédit précité, il est stipulé que « mention des présentes sera faite en marge de cette inscription ». Nous verrons plus loin l'utilité de cette mention. (V. *infra*, n^o 93). De plus, « tous les prêteurs de la somme de..., montant de l'ouverture de crédit, viendront en concurrence entre eux et au même rang d'hypothèque dans tous ordres et distributions ». C'est la conséquence normale du fractionnement de la créance.

84. 3^o **TRANSMISSION.** — a) Dans les **grosses à ordre**, la clause suivante est insérée: « Il est formellement convenu que les obligations résultant des présentes se transmettront par endos à ordre sur les grosses les représentant, sans signification aux débiteurs ; cet endos emportera de plein droit subrogation au profit des bénéficiaires successifs dans tous droits, actions et hypothèques attachés aux obligations et notamment dans l'effet de l'inscription hypothécaire sus-énoncée, le tout à concurrence de la somme que chacune d'elles représentera, plus tous intérêts et accessoires ».

En marge de la première page de la grosse figure l'endossement par la Foncière du Nord à l'ordre du bailleur de fonds: « Passé par la Société Foncière du

Nord de la France à l'ordre de M..., Paris, le... Le Président du Conseil d'Administration... » Les endossements ultérieurs seront inscrits au-dessous.

85. b) Dans les **grosses au porteur**, la clause est la suivante: « Il est formellement convenu que les obligations résultant des présentes se transmettront par la simple tradition des grosses les représentant, sans endos ni signification aux débiteurs; cette remise emportera de plein droit subrogation au profit du nouveau porteur, dans tous les droits... »

86. Il est d'ailleurs prévu (article 10 de la grosse) que « les créanciers auront toujours la faculté d'exiger, à charge d'en payer les frais, la mise au nominatif de leurs grosses à ordre (ou: au porteur) ».

87. 4^o **CENTRALISATION A LA FONCIERE DU NORD :**

a) **Des paiements :** « Tous paiements en principal et intérêts auront lieu en bonnes espèces du cours à Paris, au siège social de la Société Foncière du Nord de la France » (article 5 de la grosse). Nous verrons cependant que les bailleurs de fonds pourront obtenir ces paiements au lieu où ils le désireront (V. *infra*, n^o 98), mais toujours par l'intermédiaire de la Société.

88. b) **Des élections de domicile :** « Pour l'exécution

des présentes et de leurs suites, domicile a été élu pour tous les créanciers à Paris, au siège social de la Société Foncière du Nord de la France, où toutes significations, dénonciations et offres seront valablement faites ».

Ces clauses ont pour but de permettre à la Foncière du Nord de jouer son rôle de trait d'union entre l'emprunteur et les prêteurs. Nous en rencontrerons d'autres ayant le même but en étudiant l'acte de cautionnement. (V. *infra*, nos 96 et 97).

89. 5° **PAIEMENT PAR ANTICIPATION.** —

« L'emprunteur aura la faculté de se libérer par anticipation et par fractions égales au montant d'une ou de plusieurs obligations, à charge de payer aux créanciers à titre d'indemnité d'anticipation, une somme égale à... (3 mois, en général)... d'intérêts ».

90. **MONTANT DES GROSSES.** — La question du montant des grosses était délicate à résoudre. D'une part, les grosses d'un montant peu élevé trouveraient plus facilement preneur et circuleraient plus aisément. Mais, d'autre part, l'émiettement de la créance empêcherait la Société intermédiaire de rester en contact réel avec tous les porteurs. D'ailleurs les frais d'établissement des grosses ne permettraient pas d'en faire pour de petites sommes.

Pour se tenir dans un juste milieu, tout en permettant l'accès des petits capitalistes aux prêts hypothécaires,

la Société Foncière du Nord émet des grosses de 5.000 et 10.000 francs et multiples de ces sommes, au choix des bailleurs de fonds. La Société fait cependant observer aux capitalistes qu'il est préférable de ne pas établir des grosses d'un chiffres trop élevé, de façon à ne pas entraver la transmission ultérieure des titres, et qu'il sera plus sage de ne pas créer des grosses de plus de 25.000 ou 30.000 francs.

91. DUREE DU PRET. — La durée du prêt ne dépasse pas, en général, 12 ans, et la Société Foncière du Nord crée des obligations à échéances diverses : 3, 6, 9 ou 12 ans.

92. PARAGRAPHE II. — Le certificat hypothécaire.
— Le certificat hypothécaire est un extrait des registres d'inscription, délivré par le Conservateur des hypothèques, et inséré au milieu de la grosse.

En voici la formule : « Bureau des Hypothèques de...
Extrait des registres d'inscription des privilèges et hypothèques tenus au bureau des hypothèques de..., en ce qui concerne les mentions marginales.

Volume... N°... de... (date).

Inscription d'hypothèque conventionnelle a été prise

Au profit de : La Société Foncière du Nord de la France « Ayant agi en son nom personnel et aussi au nom et pour le compte des bailleurs de fonds propriétaires des titres à ordre et au porteur, prévus en l'ouverture de crédit ».

Contre:... (l'emprunteur).

En vertu d'un acte d'ouverture de crédit reçu par Me..., notaire à... le...

Pour sûreté de la somme de... (1 million en principal, par exemple).

En marge se trouve notamment la mention suivante: Du... (date). Il appert d'un acte reçu par Me..., notaire à..., le..., que le crédit garanti par l'inscription ci-contre a été réalisé jusqu'à concurrence de la somme principale de 500.000 francs, au moyen de 50 obligations à ordre (ou: au porteur) de 10.000 francs portant les numéros 1 à 50.

Les dites obligations stipulées remboursables le...

Domicile élu à la Société Foncière du Nord de la France.

X... (lieu), le... (date).

Le Conservateur... »

93. Ainsi le porteur se trouve assuré:

1^o Que l'inscription a été prise;

2^o Que la création de la grosse dont il est porteur a été mentionnée en marge de cette inscription. Et cette mention en marge empêche la Foncière du Nord d'émettre des obligations à ordre ou au porteur pour une somme plus considérable que ne le prévoit l'ouverture de crédit, autrement dit d'en émettre pour plus que l'inscription n'en garantit. Le conservateur des hypothèques n'admettrait pas en effet qu'on lui fasse men-

tionner plus de 100 obligations de 10.000 francs en marge d'une inscription qui ne garantirait qu'un million de prêts. Ainsi le porteur du titre a une sécurité complète: il est sûr que son obligation est réellement et complètement garantie par l'inscription.

94. PARACRAPHE III. — **L'acte de cautionnement.**

— La Société Foncière du Nord, pour assurer la circulation facile du titre hypothécaire à ordre ou au porteur (V. *supra*, nos 61 et s.), garantit **solidairement** avec le débiteur, le paiement exact des intérêts et le remboursement du capital à l'échéance. Ainsi elle a, de toute évidence, au même degré que le porteur de la Cédule, intérêt à procéder à un examen très rigoureux des immeubles offerts en garantie, de la réalisation desquels, le cas échéant, elle ne pourra se désintéresser.

Naturellement, tous paiements en principal, intérêts, frais et accessoires faits par la Société-caution en l'acquit du débiteur vaudront subrogation dans les droits et actions du créancier, conformément à l'article 1251, § 3 du Code Civil.

95. **CONDITIONS DU CAUTIONNEMENT.** — C'est sous la forme de conditions du cautionnement que la Foncière du Nord introduit les clauses qui lui permettent de remplir son rôle d'organe centralisateur:

1^o « Le créancier ne pourra donner mainlevée totale ou partielle de l'inscription hypothécaire, ni consentir

prorogation de délai, ni, en général, faire aucun acte amoindrissant le gage ou aggravant le risque de la Société-caution sans le consentement de cette dernière ». (Première condition du cautionnement). Cette condition n'a rien que de très naturel, et la plus élémentaire prudence en recommande l'emploi à tout codébiteur solidaire.

96. 2° « La Société-caution aura toujours la faculté de se charger seule des poursuites pour le recouvrement du principal et des intérêts de la créance, et de suivre ces poursuites... ; en conséquence le créancier ne pourra engager directement aucune poursuite sans l'assentiment de la Société Foncière du Nord de la France ». (3^e condition du cautionnement). C'est ici que le rôle centralisateur apparaît. Et comme pour engager des poursuites, il est nécessaire de présenter les grosses, « la même Société aura aussi le droit d'exiger que la grosse et les certificats de mention lui soient confiés à toute réquisition, à la condition de déposer en banque, si le créancier l'exige, avec affectation spéciale à la garantie de leur restitution, une somme égale au capital cautionné ». (4^e condition du cautionnement). Ainsi, au cas où des poursuites seraient engagées avant l'échéance, le créancier auquel on demanderait de se démunir de son titre, serait cependant pleinement garanti. Si les poursuites ne survenaient qu'après l'échéance, la Foncière du Nord, engagée par son acte de cautionnement solidaire, com-

mencerait par payer les créanciers en leur rachetant leurs titres, ainsi que nous le verrons plus loin (V. *infra*, n° 130), puis, subrogée dans leurs droits et actions, se retournerait contre le débiteur et ferait procéder à la réalisation du gage.

97. 3° « Le bénéfice du présent cautionnement pourra être cédé en même temps que la grosse elle-même, à charge par le cédant et le cessionnaire de notifier la transmission par lettre recommandée adressée à la Direction à Paris, de la Société Foncière du Nord de la France ». (5^e condition du cautionnement). La Société doit en effet pouvoir joindre à tout moment le porteur du titre, puisqu'elle est le trait d'union entre débiteur et créanciers. Au cas, par exemple, où une notification à fin de purge lui parviendrait, puisque domicile a été élu à son siège social (V. *supra*, n° 88), il faut qu'elle puisse prévenir les porteurs et leur demander de se dessaisir de leur grosse au cas où elle voudrait requérir la mise en vente publique de l'immeuble sur surenchère. Les créanciers, agissant individuellement, seraient désarmés par l'émiettement de la créance. Aucun n'oserait surenchérir sur un immeuble de plusieurs millions. La Société, au contraire, organisme puissant, pourra intervenir et protéger les droits des créanciers, dans son propre intérêt.

Faute de notifier la transmission à la Société, le cessionnaire resterait créancier hypothécaire, mais perdrait le bénéfice du cautionnement.

L'acte de cautionnement est annexé à la dernière page de la grosse.

98. PARAGRAPHE IV. — **La feuille de coupons.** — Enfin, pour la commodité de la perception des intérêts, une feuille de coupons est épinglée à la première page de la grosse.

Cette feuille de coupons présente l'apparence de celle d'un titre de bourse ordinaire. Elle est composée de petits rectangles accolés que le porteur découpe au fur et à mesure pour toucher ses intérêts. La présentation du coupon dispense de la présentation de la grosse.

Le paiement des intérêts s'effectue par semestres échus, soit au Siège Social de la Foncière du Nord, à Paris, soit encore sur la demande du prêteur, dans une des succursales des Etablissements de Crédit, chez un banquier régional ou chez un notaire. Toutes commodités sont donc offertes aux capitalistes, et chaque porteur pourra obtenir paiement de ses coupons là où bon lui semblera. C'est la Société qui se charge de lui faire parvenir les intérêts à cet endroit.

99. SECTION III. — **LE SUCCÈS DES CEDULES ET SES CAUSES**

PARAGRAPHE I. — **Le succès des Cédules.** — Les Cédules ainsi constituées se sont très rapidement développées dans la pratique. Il suffit, pour s'en rendre compte, de consulter le tableau suivant :

ANNÉES	CÉDULES AU PORTEUR	CÉDULES A ORDRE
1918	65.000 fr.	»
1919	2.595.000 fr.	»
1920	14.580.000 fr.	»
1921	18.870.000 fr.	»
1922	27.370.000 fr.	»
1923	29.525.000 fr.	»
1924	18.810.000 fr.	»
1925	19.165.000 fr.	»
1926	15.095.000 fr.	27.560.000 fr.
1927	14.740.000 fr.	62.550.000 fr.
1928	8.555.000 fr.	107.555.000 fr.
Totaux. . .	169.370.000 fr.	197.665.000 fr.
Total général:	367.035.000 fr.	

Ainsi, en 10 ans, la Société Foncière du Nord a émis pour près de 400 millions d'obligations hypothécaires à ordre et au porteur. De 1918 à 1925 l'obligation au porteur, plus simple et plus commode, fut seule employée. Mais à partir de 1926, elle manifeste une tendance très nette à diminuer, et elle est remplacée par l'obligation à ordre. En 1928, l'émission de Cédules au porteur n'est plus que de 7 % des émissions totales, alors qu'en 1926 elle était de 35 %, et en 1925 de 100 %. On peut donc dire que l'obligation au porteur a à peu près disparu. Cette disparition a été provoquée par l'élévation du droit d'enregistrement qui la frappe, droit qui a été porté de 3,60 % au taux prohibitif de

6 % par l'article 47 de la loi du 13 juillet 1925, ainsi que nous le verrons au Chapitre V.

100. PARAGRAPHE II. — **Les causes du succès.** — Le rapide développement des Cédules Hypothécaires vient de l'accueil favorable qu'elles ont rencontré auprès des capitalistes, et des avantages que présentait le système créé par la Foncière du Nord, pour les emprunteurs et pour les notaires.

101. A) **LES AVANTAGES POUR L'EMPRUNTEUR :**

1^o Grâce à l'organisation de la Foncière du Nord, les emprunteurs ont pu se procurer de très grosses sommes sur garantie hypothécaire. Jusque là les grandes entreprises n'empruntaient guère sur hypothèque: elles n'auraient pas trouvé de prêteurs qui eussent pu ou qui eussent voulu leur avancer les sommes énormes dont elles avaient besoin; il leur restait il est vrai la possibilité d'émettre directement des obligations garanties hypothécairement, mais nous avons vu qu'une telle opération n'était pas sans inconvénient pour l'établissement émetteur (V. *supra*, n^o 56): risque d'échec de l'émission, lenteur du procédé et surtout défaveur auprès des capitalistes à cause des risques. Avec le système de la Foncière du Nord, les grandes entreprises ont pu trouver dans leurs immeubles une source de crédit considérable;

2° Et ce crédit, les emprunteurs l'obtenaient rapidement, presque immédiatement, au contraire de ce qui se passait dans l'émission directe d'obligations hypothécaires. (V. *supra*, n° 56) ;

3° Enfin et surtout, l'emprunteur se procurait ainsi une somme plus considérable que s'il s'était adressé au Crédit Foncier, grâce à une estimation plus exacte de l'immeuble offert en garantie, et par le fait que la Société Foncière du Nord lui avançait 60 % de la valeur ainsi appréciée, alors que le Crédit Foncier n'offrait que 50 %. (V. *supra*, n° 14).

102. B) **LES AVANTAGES POUR LES NOTAIRES.** — 1° Au lieu de faire rédiger toutes les grosses par un seul notaire, la Société Foncière du Nord, très ingénieusement, les fait délivrer par les notaires des bailleurs de fonds. Ainsi chaque notaire peut être intéressé aux opérations de la Foncière du Nord : il touche des honoraires sur l'acte d'obligation et garde sous son contrôle des capitaux de ses clients qui, autrement, auraient été employés en placements mobiliers.

103. 2° Grâce au système des Cédules Hypothécaires, les notaires peuvent faire bénéficier leurs clients des avantages incontestables des obligations hypothécaires à ordre ou au porteur, sans encourir pour eux-mêmes le supplément de travail et de responsabilités

qui en semblait la conséquence nécessaire. (V. *supra*, nos 65 et 66). La Société Foncière du Nord, en effet, se charge de tout en cas de purge (V. *supra*, n° 97), et c'est à elle que sont adressées toutes notifications puisque c'est à son siège social que domicile a été élu. (V. *supra*, n° 88). De même, il ne peut être question de remise frauduleuse en circulation du titre, après paiement (V. *supra*, n° 65, c et d), soit par le débiteur, soit par le créancier, puisque la Société assure, outre la mention de mainlevée sur la grosse remboursée, l'apposition d'un cachet de remboursement qui la rend inutilisable par la suite. Enfin, la Société étant garante de la valeur du gage hypothécaire, le notaire est déchargé de cette responsabilité.

Bien mieux, le notaire évite, par l'emploi des Cédules, tous les ennuis que lui procurent habituellement les obligations hypothécaires: c'est d'ordinaire lui qui sert de tampon entre l'emprunteur et le prêteur, et c'est un rôle bien difficile quand l'emprunteur ne peut tenir ses engagements, particulièrement quant au paiement exact des intérêts. Le notaire, pris entre le prêteur qui exige et le débiteur qui implore, risque de froisser des susceptibilités et de perdre ses clients. Il se débarrasse de tous soucis en employant les Cédules, puisque la Société garantit le paiement exact des intérêts et le remboursement à l'échéance.

Source de profits supplémentaires; diminution des ennuis; obligations et responsabilités, voilà les deux

avantages qui ont réservé aux Cédules Hypothécaires un accueil favorable dans le corps notarial et qui ont fait des notaires les agents les plus actifs de l'expansion de ces titres.

104. C) **LES AVANTAGES POUR LES CAPITALISTES.** — Les prêteurs enfin ont rencontré dans la Cédule Hypothécaire un titre qui, tout en leur donnant une sécurité aussi absolue que l'obligation hypothécaire ordinaire, leur offre une commodité beaucoup plus grande, notamment au point de vue de la transmission de leur droit.

105. 1^o **SECURITE.** — La Cédule Hypothécaire bénéficie de deux garanties qui se complètent et se renforcent : la garantie hypothécaire et le cautionnement solidaire de la Foncière du Nord. Et en cela elle s'oppose aux obligations au porteur du Crédit Foncier, qui ne se sont pas garanties directement et spécialement par une hypothèque (V. *supra*, n^o 13), et aux obligations hypothécaires au porteur émises directement par les Sociétés, qui ne sont cautionnées par aucun établissement bancaire. (V. *supra*, n^o 55).

106. a) Tout d'abord, le gage hypothécaire a une valeur certaine suffisante pour désintéresser tous les porteurs d'obligations hypothécaires sur cet immeuble. En effet il a été estimé par des experts, sous le contrôle de la Société-caution qui avait, au même degré que les

porteurs de Cédules, intérêt à faire procéder à un examen très rigoureux des garanties offertes. (V. *supra*, nos 73 et 75). Le porteur de Cédules peut d'ailleurs faire vérifier l'estimation de la Société en faisant lui-même procéder à une expertise par des experts qu'il choisira.

D'autre part, nous avons vu que la mention de l'obligation en marge de l'inscription donne au créancier la certitude que son titre est **intégralement** garanti par l'hypothèque. (V. *supra*, no 93).

Le prêteur est également certain de la capacité et de la propriété de l'emprunteur, et de la situation hypothécaire de l'immeuble, puisque ceux-ci ont été contrôlés d'une part par la Société-caution, et d'autre part par le notaire qui a reçu l'acte d'ouverture de crédit.

Il est certain enfin que son gage hypothécaire ne sera pas amoindri pendant la durée du prêt, par l'incurie ou la négligence du débiteur, puisque la Société-caution exerce sur l'immeuble un contrôle incessant. L'acte d'ouverture de crédit stipule en effet: « La Société Foncière du Nord de la France aura toujours la faculté pendant la durée du prêt de faire visiter par un de ses représentants les immeubles ci-dessus hypothéqués, et elle aura, en outre, le droit quand bon lui semblera de prescrire les travaux qu'elle jugera nécessaire pour la conservation du gage ».

107. b) A la garantie hypothécaire, il faut ajouter le cautionnement solidaire de la Société Foncière du Nord

de la France, qui assure au créancier le paiement exact des intérêts et le remboursement du capital à l'échéance, quoi qu'il advienne, même si la valeur de l'immeuble hypothéqué venait à diminuer. (V. *supra*, n° 3).

108. 2° **COMMODITE**. — Nous avons vu quelles garanties présentent les Cédules Hypothécaires. Mais les obligations hypothécaires nominatives ordinaires peuvent, grâce à une appréciation soignée du gage, donner au prêteur une sécurité aussi absolue. Ce qui fait la véritable supériorité des Cédules sur les obligations ordinaires, c'est avant tout leur grande commodité, tant au point de vue de la cession qu'au point de vue du paiement des intérêts et du capital.

109. a) La cession d'une Cédule est en effet très facile:

α) Les formalités de cession sont simplifiées à l'extrême par les clauses à ordre et au porteur. Plus d'acte notarié de cession-transport. Plus de mention à opérer en marge de l'inscription. Plus de signification par acte d'huissier au débiteur cédé. Il suffit de la simple remise du titre, accompagnée de la signature du cédant pour les Cédules à ordre. Pour que le bénéfice du cautionnement soit également transféré, il suffit de prévenir la Société-caution par lettre recommandée. Donc: commodité et économie.

β) Le porteur trouvera plus facilement acquéreur grâce au cautionnement solidaire de la Société. Ce cau-

tionnement a pour effet d'élargir considérablement le marché des obligations hypothécaires. Celui-ci, qui était régional pour les obligations ordinaires, parce que le prêteur était rivé à l'immeuble hypothéqué (V. *supra*, nos 6 et 61), devient national avec les Cédules. (V. *infra*, n° 112).

110. *b)* Les intérêts sont payés semestriellement, au lieu désiré par le porteur, et exactement au jour prévu. Si le débiteur ne peut payer, c'est la Société-caution qui doit avancer les fonds. C'est un grand avantage pour le prêteur, car le paiement des intérêts n'était pas toujours régulier avec les obligations hypothécaires ordinaires. (V. citation de M. Decourdemanche, *supra*, n° 5).

111. *c)* Le remboursement se fait exactement au jour prévu. Si le débiteur est à ce moment insolvable, la Société paiera et fera ensuite vendre l'immeuble. Ainsi sont évités au créancier tous les ennuis des poursuites, et les lenteurs que ces dernières occasionnent. (V. la citation de M. Decourdemanche).

112. *d)* Enfin, avantage appréciable, le créancier n'a plus à surveiller constamment l'immeuble hypothéqué pour empêcher le débiteur de commettre sur celui-ci des actes qui pourraient être dommageables, ou pour éviter le déperissement du gage par la négligence du

débiteur. C'est à la Société qu'incombe ce soin, et son cautionnement solidaire garantit qu'elle s'en acquittera scrupuleusement.

113. En résumé, les capitalistes ont trouvé dans les Cédules des titres qui, tout en présentant la même sécurité que les obligations hypothécaires ordinaires, grâce à la garantie hypothécaire spéciale doublée du cautionnement solidaire de la Société, étaient beaucoup plus facilement et plus économiquement cessibles et leur donnaient une tranquillité absolue quant au paiement exact des intérêts et au remboursement du capital au jour de l'échéance.

De tels avantages suffisaient à expliquer le succès des Cédules.

CHAPITRE IV

Les effets des obligations hypothécaires à ordre et au porteur

114. Nous avons vu que les clauses à ordre et au porteur peuvent être insérées dans les obligations hypothécaires, et grâce à quel système elles le furent dans la pratique. Nous allons maintenant examiner quels sont les effets juridiques que produit cette insertion.

De nombreux auteurs, poussés par l'idée de commercialisation du droit civil (V. *supra*, n° 16), et tentés par une analogie trop facile, ont dit: « Les clauses à ordre et au porteur doivent produire en droit civil les mêmes effets qu'en droit commercial. Il faut donc étendre aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur toute la législation sur les effets de commerce ».

115. Non! **S'il est vrai que les obligations hypothécaires à ordre et au porteur se transmettent par les mêmes moyens que les effets de commerce, leur but et leur fonction sont nettement différents.**

Les effets de commerce constituent avant tout une **monnaie commerciale**. (« L'effet de commerce est une monnaie fiduciaire », dit Thaller: De la nature

juridique du titre de crédit, n° 101 ; « Il doit circuler de mains en mains et jouer le rôle de véritable monnaie », ajoute M. Capitant : De la cause des obligations. p. 414), et c'est pour qu'ils puissent servir d'instrument de paiement, à l'instar du billet de banque, que la loi et la coutume commerciales les ont entourés d'un réseau de règles qui en assure le paiement exact à l'échéance : inopposabilité des exceptions au porteur de bonne foi, interdiction des délais de grâce, interdiction des saisie-arrests, protêt, garantie solidaire des endosseurs, etc...

Tout autre est le rôle des obligations hypothécaires à ordre et au porteur. Celles-ci n'ont aucune fonction monétaire, elles restent un **mode de placement**. Les parties, dans un but de simplification et d'économie, ont seulement stipulé que les formalités de l'article 1690 du Code Civil ne seraient pas nécessaires au cas de cession ; mais l'obligation n'a nullement été constituée en vue de la cession. Ce qui importe au créancier hypothécaire, c'est la **possibilité** de céder sa créance d'une manière simple au cas où cela lui deviendrait nécessaire, mais en général il la conservera, puisque c'est un placement qu'il a entendu faire. C'est ce que constate M. Beauchais en disant : « Bien que contenant la clause à ordre ou au porteur, les obligations hypothécaires circulent très peu en fait ; elles sont rarement l'objet de plusieurs cessions successives ». (P. Beauchais : Des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires. Thèse Paris, 1922).

En résumé, **ce que les parties ont entendu faire, ce n'est pas un effet de commerce garanti, mais seulement une obligation hypothécaire plus facilement transmissible.** M. Delpierre disait dans un rapport au Tribunal, le 14 septembre 1807: « Le billet à ordre souscrit pour dette civile par un non-négociant n'est autre chose qu'une cédule transmissible avec plus de célérité, mais à laquelle la loi ne peut ni ne doit ôter son caractère primitif ». (Voir en ce sens l'arrêt de Cassation du 5 pluviôse an XI, mentionné *supra*, n° 178). Cette remarque doit être étendue aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur qui, plus encore que les billets à ordre civils, possèdent des caractères spéciaux qui les distinguent des effets de commerce. Elles jouissent en effet d'une garantie particulière: l'hypothèque, et de ce fait, n'ont nul besoin des règles édictées en matière d'effet de commerce pour assurer le paiement à l'échéance.

Nous allons étudier les effets des obligations hypothécaires à ordre et au porteur. Nous verrons d'abord comment elles se transmettent, puis nous examinerons les problèmes qui se posent à propos de leur paiement, et enfin nous envisagerons les cas de destruction, perte ou vol du titre.

116. SECTION I. — **TRANSMISSION DES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES A ORDRE ET AU PORTEUR**

La cession d'une obligation hypothécaire ordinaire est

une opération longue et coûteuse. Elle nécessite un acte notarié de cession-transport qui devra être enregistré, une mention en marge de l'inscription, et une signification par acte d'huissier au débiteur cédé. (V. *supra*, n° 6). C'est pour éviter ces complications et ces frais qui détournaient les capitalistes des prêts hypothécaires en les « rivanç à l'hypothèque » (V. *supra*, n° 6), que les clauses à ordre et au porteur furent introduites dans les obligations hypothécaires.

Grâce à ces clauses, la transmission du titre hypothécaire se fera par simple endos ou par tradition. Nous avons vu quelles formules sont employées dans ce but, dans les Cédules Hypothécaires. (V. *supra*, nos 84 et 85).

Les grosses à ordre se transmettront par endossement en marge de la première page, et les grosses au porteur par simple tradition du titre.

« L'endossement n'a besoin en la forme que de la signature de l'endosseur », dit l'article 5 de la loi du 8 février 1922. Mais en général, l'endosseur emploie la formule: « Passé à l'ordre de M... Signé... »

En aucun cas une signification au débiteur ne sera nécessaire, et la cession par endos ou tradition sera opposable aux tiers comme elle est valable entre les parties. (V. *supra*, n° 27).

Le nouveau porteur du titre est subrogé dans tous les droits de son cédant, et l'hypothèque notamment lui est transmise en vertu de l'article 1692 du Code Civil, précité. (V. *supra*, n° 33).

La garantie solidaire de la Société Foncière du Nord est également transmise au cessionnaire, à la condition toutefois que la Société ait été prévenue de la cession par lettre recommandée. (V. *supra*, n° 97). Nous avons vu que cette disposition permet à la Société de remplir son rôle de trait d'union entre le débiteur et les créanciers.

**117. SECTION II. — PAIEMENT
DES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES
A ORDRE ET AU PORTEUR**

Nous examinerons successivement : à quelle époque le paiement doit avoir lieu ; entre les mains de qui il doit être fait pour être libératoire ; comment les créanciers du porteur peuvent protéger leurs droits ; quels moyens de défense le débiteur pourra invoquer contre le porteur pour refuser le paiement ; quels recours auront les créanciers en cas de non-paiement ; et enfin, lorsque le paiement a eu lieu, comment sera donnée la mainlevée de l'hypothèque.

Nous envisagerons dans chacun de ces paragraphes, outre les effets des obligations hypothécaires à ordre et au porteur en général, les effets spéciaux des Cédules Hypothécaires précédemment décrites.

118. PARAGRAPHE I. — A quelle date le paiement peut-il avoir lieu ? — En principe, l'obligation sera remboursée à la date prévue dans le contrat. Mais

doit-on étendre à notre matière les règles qui assurent, dans les effets de commerce, le paiement exact au jour de l'échéance, de telle façon que ni le débiteur ni le créancier, ni tous deux réunis, ni même le juge, ne puissent changer cette date? Non, car ces règles ont pour but de faire des effets de commerce, des instruments monétaires, et nous avons vu que toute autre est la fonction des obligations hypothécaires à ordre et au porteur. (V. *supra*, n° 115).

119. 1° **PAIEMENT PAR ANTICIPATION.** — Tout d'abord, il faut repousser l'extension de l'article 146 du Code de Commerce, qui interdit le paiement par anticipation. « Le porteur d'une lettre de change, dit cet article, ne peut être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance ». Il faut au contraire appliquer aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur, le droit commun de l'article 1187 du Code Civil, d'après lequel, le terme étant présumé stipulé en faveur du débiteur, ce dernier peut y renoncer.

En l'absence de clause spéciale, le débiteur peut donc forcer le porteur à recevoir paiement avant l'échéance. Le plus souvent, une indemnité d'anticipation est prévue pour ce cas dans le contrat, au profit du porteur. (V. *supra*, n° 89).

Et d'autre part, le remboursement par anticipation n'entraînera pas pour le débiteur qui se libère, de responsabilité supplémentaire quant à la validité du paie-

ment, contrairement à ce que prévoit l'article 144 du Code de Commerce au cas où le porteur d'effet consentirait à recevoir paiement avant l'échéance.

120. 2° **PROROGATION DE DELAI.** — Le porteur d'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur pourra dans tous les cas consentir au débiteur toutes prorogations de délai sans aucune diminution de ses droits, alors que le porteur d'effet de commerce perd de ce fait tout recours contre les endosseurs. (art. 160 C. Com.).

Cependant, dans le système des Cédules Hypothécaires, la Société-caution doit consentir à cette prorogation, faute de quoi sa responsabilité serait dégagée. C'est ce qui résulte de la première condition de l'acte de cautionnement (V. *supra*, n° 95), et c'est une disposition très naturelle, puisqu'une prorogation de délai augmenterait les obligations de la Société-caution.

121. 3° **DELAÏ DE GRACE.** — Enfin le juge peut accorder au débiteur de l'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur, un délai de grâce, conformément à l'article 1244 du Code Civil ; alors que l'article 157 du Code de Commerce dispose : « Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change ». La doctrine (Alauzet : t. IV, n° 1435 ; Nouguier : t. I, n° 927) et la jurisprudence (Cassation, 31 juillet 1817), admettent en général les délais de

grâce pour les billets à ordre civils. Cette solution s'applique *a fortiori* aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur.

Mais dans le cas des Cédules Hypothécaires, la Société-caution solidaire ne bénéficierait pas du délai de grâce accordé par le juge au débiteur en considération de sa situation personnelle, et le porteur du titre pourrait réclamer contre elle son remboursement immédiat.

122. 4^o **CONSIGNATION.** — Au cas où, le jour de l'échéance étant arrivé, le porteur du titre de créance serait inconnu ou ne se présenterait pas, comment le débiteur pourrait-il se libérer? La même question pourrait se poser s'il voulait se libérer par anticipation.

Ces hypothèses seraient fréquentes avec les obligations hypothécaires à ordre ou au porteur ordinaires. Elles deviennent exceptionnelles avec le système des Cédules Hypothécaires grâce à la Société intermédiaire qui se tient en contact permanent avec les porteurs. Elles ne pourraient se produire que si un cessionnaire omettait de notifier la cession à la Société, perdant ainsi tout recours contre elle. (V. *supra*, n^o 97).

On ne peut songer à appliquer ici la procédure de la consignation prévue aux articles 1257 et suivants du Code Civil, puisqu'elle exige des offres réelles préalables faites au débiteur en personne, et que justement ce dernier est inconnu.

Il est raisonnable d'étendre, plutôt, la loi du 6 Ther-

midor an III sur la consignation en matière d'effets de commerce, modifiée par l'ordonnance du 3 juillet 1816, article 2: Si le porteur ne se présente pas à l'échéance, le débiteur peut, au bout de 3 jours, consigner la somme à la Caisse des dépôts et consignations, et on lui délivre un récépissé qu'il remettra au porteur si celui-ci se présente ensuite.

Il serait prudent, pour éviter toutes contestations, d'insérer dans l'obligation une clause visant formellement ce cas.

123. 5^e **PRESCRIPTION.** — Jusqu'à quelle époque le porteur qui a laissé passer l'échéance pourra-t-il réclamer son paiement? L'article 189 du Code de Commerce édicte en matière d'effets de commerce une prescription fort courte, de cinq ans. Il n'y a pas lieu d'étendre cette disposition, purement commerciale, aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur. Il faut leur appliquer le droit commun de l'article 2262 du Code Civil: le porteur pourra réclamer son remboursement pendant trente ans à partir du jour de l'échéance.

124. **PARAGRAPHE II. — A qui le paiement doit-il être fait pour être libératoire?** — Aux termes de l'article 1239 du Code Civil, le paiement d'une dette civile ordinaire doit être fait entre les mains du créancier ou de quelqu'un qui le représente. Dans le système des créances nominatives, en effet, le débiteur a le

moyen de savoir quel est le véritable créancier, puisqu'il est informé de toutes les cessions qui peuvent se produire, par le moyen des significations par exploit d'huissier prévues à l'article 1690 du Code Civil.

Il en est tout autrement quand les créances sont transmissibles à ordre ou au porteur. Dans ces cas, le débiteur n'est pas à même d'apprécier la qualité de créancier du porteur. Cela est évident dans le cas de créance au porteur, puisque les différents porteurs intermédiaires entre le premier et le dernier sont en principe inconnus du débiteur ; mais il en est de même pour la créance à ordre, où le débiteur n'a connaissance des cessions que par les endossements mentionnés sur le titre, et qui peuvent être des faux.

Il faut donc que le débiteur de l'obligation à ordre et au porteur puisse valablement se libérer entre les mains du porteur du titre. Cette solution s'impose pratiquement : sans elle, le débiteur serait constamment exposé à payer deux fois.

125. En matière d'effets de commerce, le débiteur qui paie de bonne foi au porteur à l'échéance, est libéré, même si le porteur n'est pas le véritable créancier (art. 145 C. Com.). Pour la majorité de la doctrine, cette solution s'explique en considération de la nature de l'engagement du débiteur. Celui-ci s'est obligé non pas par contrat, mais par déclaration unilatérale de volonté, et il s'est obligé non pas envers le premier por-

teur du titre, mais envers le porteur à l'échéance. (V. *infra*, n° 138).

Dès lors, en payant à ce dernier porteur, le débiteur exécute valablement son obligation.

126. L'engagement du débiteur qui souscrit une clause à ordre ou au porteur est de même nature en matière civile et en matière commerciale. Il faut donc étendre aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur, la solution donnée par l'article 145 du Code de Commerce: le débiteur se libérera valablement en payant au porteur à l'échéance, à condition que le paiement ait été de bonne foi, c'est-à-dire avec la conviction que le porteur était le véritable créancier. La bonne foi est toujours présumée, en vertu de l'article 2268 du Code Civil, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. Celle-ci résulterait notamment du fait que le débiteur aurait été informé du vol ou de la perte du titre.

127. Cependant, si dans les titres civils et commerciaux à ordre et au porteur, les engagements des débiteurs sont de même nature, il ne faut pas oublier que ces deux sortes de titres ont des buts pratiques très différents.

Les effets de commerce sont des instruments monétaires. (V. *supra*, n° 115). Le débiteur doit payer sur présentation du titre, immédiatement, sous peine de protêt

et de mise en faillite. La même célérité n'est point exigée en matière d'obligations hypothécaires à ordre et au porteur. Le débiteur, qui n'est menacé ni de protêt (V. *infra*, n° 149), ni de mise en faillite, doit chercher à savoir, s'il en a le moyen, si le porteur du titre est bien porteur légitime ; il doit se montrer prudent et refuser paiement s'il a un soupçon sérieux sur l'identité ou sur la légitimité des droits du porteur. Il vérifiera notamment la régularité de la chaîne des endossements dans les obligations à ordre, lorsque les endossements porteront la formule : « Passé à l'ordre de M. X... Signé Y... ». Ce contrôle sera au contraire impossible lorsque les endossements ne porteront que des signatures, comme le permet l'article 5 de la loi du 8 février 1922. Rien ne prouve alors qu'entre deux signatures qui se suivent, il ne s'est pas intercalé un tiers porteur illégitime, un voleur par exemple.

128. Dans le cas des Cédules Hypothécaires, le débiteur a une source de renseignements supplémentaires : la Société-caution qui, elle, est informée des cessions successives au fur et à mesure qu'elles se produisent (V. *supra*, n° 97), et qui est par suite mieux à même que le débiteur, de constater les irrégularités dans les transmissions. Le débiteur devra donc s'adresser à cette Société avant de payer ; il est d'ailleurs prévu dans les grosses (V. *supra*, n° 87), que le paiement aura lieu au siège social de la Société.

129. En matière d'effets de commerce, le paiement fait au porteur est libératoire même si le porteur est un incapable. Cette solution ne se justifie pas par la nature de l'engagement du débiteur, mais par le but pratique des effets de commerce : servir d'instrument monétaire ; le débiteur doit payer immédiatement, sans rechercher si le porteur est capable de recevoir paiement. Cette règle ne doit donc pas être étendue aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur, et le débiteur de ces obligations devra vérifier la capacité du porteur avant de payer, conformément au droit commun de l'article 1241 du Code Civil.

130. En pratique, dans le système des Cédules Hypothécaires, ce n'est point le débiteur lui-même qui rembourse le dernier capitaliste porteur. Celui-ci, au lieu de recevoir paiement du débiteur, cède son titre à la Société-caution, par endossement ou tradition. La Société, qui avait été première porteuse, se retrouve donc dernière porteuse ; c'est à elle que le débiteur doit rembourser et c'est elle qui assure la réalisation du gage si le débiteur est insolvable.

131. PARAGRAPHE III. — **Les créanciers du porteur peuvent-ils faire saisie-arrêt ?** — Les articles 149 et 187 du Code de Commerce refusent aux créanciers le droit de faire opposition au paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Ces dispositions s'ex-

pliquent par le rôle monétaire des effets de commerce : elles ont pour but d'assurer la stricte exécution des engagements commerciaux. On a craint que le débiteur ne parvienne à différer le paiement en faisant faire opposition par un complice qui se prétendrait créancier. L'application de ces textes doit donc être restreinte aux effets de commerce, et en droit les créanciers du porteur d'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur peuvent faire saisie-arrêt au paiement de cette obligation, en vertu de l'article 1242 du Code Civil.

132. Mais en fait, cela leur est pratiquement impossible :

1^o La transmission du titre étant occulte, les créanciers ignorent l'existence de l'obligation aux mains du porteur ;

2^o A supposer qu'ils parviennent à connaître cette existence, le créancier pourrait transmettre le titre postérieurement à la saisie-arrêt, et prétendre que la cession a été antérieure à celle-ci. Rien de plus facile avec le titre au porteur. Avec le titre à ordre, il suffira d'endosser avec la simple signature, sans mentionner la date.

Dans le système des Cédules Hypothécaires, la date de la notification de la cession faite à la Société-caution, ne pourrait être invoquée par le créancier du porteur pour prouver que ce dernier était encore titulaire de la créance au moment de la saisie-arrêt, car

cette notification ne sert qu'à transmettre la garantie solidaire de la Société intermédiaire, et n'est pas nécessaire à la cession de la créance elle-même.

De toutes façons, la saisie-arrêt pourrait donc être rendue inopérante.

133. PARAGRAPHE IV. — **Quelles exceptions le débiteur peut-il opposer au porteur?**

A) **EXCEPTIONS PERSONNELLES AU PORTEUR.** — Lorsque le dernier porteur, au jour de l'échéance, demande le remboursement de son obligation, il peut se voir opposer par le débiteur les exceptions qui lui sont personnelles. C'est ainsi que le débiteur qui serait créancier du porteur pourrait invoquer la compensation, si sa créance était liquide et exigible au jour de l'échéance, pour refuser de payer sa dette. (Art. 1290 et s. C. C.).

134. B) **EXCEPTIONS DU FAIT DES PRECEDENTS PORTEURS.** — Mais l'emprunteur peut-il aller plus loin, et opposer au dernier porteur, les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre les précédents porteurs? Peut-il, par exemple, refuser le remboursement sous prétexte qu'il a déjà payé à un précédent porteur, ou bien qu'il n'a pas reçu l'intégralité de la somme reconnue dans l'acte, ou qu'il n'a signé l'acte que par erreur, ou sous l'empire de la violence ou du dol?

135. Dans les créances ordinaires, le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que le cédant: *Nemo plus*.

juris in alium transferre potest, quam ipse habet. Il peut donc se voir opposer toutes les exceptions qui auraient pu être invoquées par le débiteur contre son cédant ; et si la créance est atteinte d'une cause de nullité, d'extinction ou de résolution, il ne pourra prétendre à aucun droit. Ceci est très compréhensible : il n'avait qu'à se renseigner avant d'acquérir la créance, puisqu'il en avait la possibilité. En s'adressant au débiteur, qui est informé de toutes les cessions grâce aux significations prévues à l'article 1690 du Code Civil, il aurait pu savoir par quelles mains le titre a passé avant de lui parvenir, et par suite quels vices peuvent entacher la créance.

136. Il en est tout autrement en matière de créances transmissibles à ordre ou au porteur. La circulation des titres qui constatent ces créances est en effet occulte. (V. *supra*, n° 116). La créance peut donc se trouver entachée d'un vice du fait d'un porteur précédent inconnu du dernier porteur. Celui-ci, s'il est de bonne foi, ne doit pas avoir à en souffrir, puisqu'il n'a commis aucune imprudence, et il est juste que les exceptions du fait des précédents porteurs ne lui soient pas opposables.

137. En matière d'effets de commerce, les porteurs sont protégés par le principe de l'opposabilité des exceptions, d'après lequel le dernier porteur, s'il est

de bonne foi, ne peut se voir opposer les exceptions qui auraient pu être invoquées contre les précédents porteurs, sauf celles qui résultent de la forme du titre ou de son contenu.

Cette règle est d'origine coutumière ; elle est née des nécessités pratiques et n'est inscrite nulle part dans la loi. Cependant elle est unanimement admise par la doctrine et par la jurisprudence.

Doit-on l'étendre aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur ? Pour répondre à cette question, il faut voir comment est justifié le principe commercial de l'inopposabilité.

138. D'après l'opinion admise par la jurisprudence et par la majorité de la doctrine, la règle de l'inopposabilité s'explique en considération de la nature du droit du porteur.

Le porteur n'a pas seulement un droit transmis par voie de cession, un droit dérivé, il a un droit propre et direct contre le débiteur du titre ; et ce droit lui est conféré par déclaration unilatérale de volonté du débiteur.

Le débiteur du titre à ordre ou au porteur s'engage, en souscrivant la clause à ordre ou au porteur, à payer la somme prévue, à celui qui sera bénéficiaire ou porteur du titre au jour de l'échéance. C'est un cas où la volonté unilatérale est source d'obligation, et où une personne s'oblige par sa seule volonté, en dehors de tout contrat. (V. *supra*, n° 125).

139. En ce sens: Capitant: De la cause des obligations, p. 403 et s.; Demogue: Traité des obligations en général, t. I, p. 51 et s.; Lacour et Bouleron: Précis de droit commercial, nos 1287 et 1288; Saleilles: Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil Allemand, 2^e édition, 1901, n^o 277, p. 314. « La création du titre fonde l'obligation, dit M. Saleilles; celle-ci résulte d'un acte unilatéral et non d'un contrat... Chaque porteur successif est le créancier éventuel, celui-là seul est le créancier définitif, qui présente le titre »; Worms: De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations. Thèse Paris, 1891; Cassation, Civ., 10 février 1880.

140. Dès lors, si le débiteur est engagé directement envers le dernier porteur par une obligation née au moment de la signature de l'acte, il n'a pas à tenir compte des porteurs intermédiaires, ni de ses rapports juridiques avec ceux-ci, et les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre eux, il ne pourra les invoquer contre celui qui demande paiement.

Si l'on admet la théorie du droit direct du dernier porteur par déclaration unilatérale de volonté du débiteur, on doit étendre le principe d'inopposabilité des exceptions, aux obligations civiles à ordre et au porteur. Le droit du porteur et l'engagement du débiteur sont en effet de même nature dans les titres civils à ordre et au porteur, et dans les titres commerciaux.

111. **JURISPRUDENCE.** — C'est ce qu'a fait la jurisprudence. Dès 1850, elle admet l'extension du principe d'inopposabilité, en matière civile (Cassation, Civ., 18 mars 1850: *S.* 50-1-254). En 1896, le motif de cette extension est nettement précisé. « Attendu que le débiteur accepte d'avance pour créanciers directs, tous ceux qui deviendront successivement porteurs, qu'il suit de là que le porteur est investi d'un droit qui lui est propre et n'est passible, s'il est de bonne foi, que des exceptions qui lui sont personnelles ». (Civ., 9 novembre 1896: *S.* 97-1-161, et note de Tissier). Les arrêts ultérieurs (Civ., 31 octobre 1906: *S.* 08-1-305, et note de Lyon-Caen; Civ., 26 janvier 1920: *S.* 21-1-377) se bornent à reproduire cet attendu. La Cour de Besançon ajoute que « l'indication du nom du prêteur et premier porteur dans l'acte n'est pas de nature à modifier cette interprétation, cette indication n'ayant pour but que de faciliter la prise de la première inscription hypothécaire dans laquelle les porteurs successifs sont subrogés ». (Besançon, 28 juin 1905: *D.* 07-2-166; *Id.*: Cassation, *Req.*, 18 janvier 1911: *D.* 16-1-231).

142. **DOCTRINE.** — La majorité de la doctrine s'est ralliée aux solutions de la jurisprudence. « Le porteur d'une obligation authentique payable au porteur de la grosse, dit M. Tissier, est investi d'un droit qui lui est propre, et n'est passible, s'il est de bonne foi, que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent

de la teneur de l'acte ; cette conséquence légale tenant à la forme du titre et non à son caractère, il n'y a pas de distinction à faire à cet égard entre les obligations civiles et les obligations commerciales ». (Tissier: Note au *S.* 97-1-161). *Id.*: Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 157 ; Lacour et Bouteron: Traité de droit commercial, n° 1400 ; Wahl: n° 280 et s. et 744 et s. ; Beudant, en note au *D.* 78-1-241 ; Aubry et Rau, t. III, n° 288, texte et note 17 ; Planiol et Ripert, t. XII, n° 449.

143. Ces auteurs ne justifient d'ailleurs pas tous l'extension du principe d'inopposabilité en matière civile par le même raisonnement. Certains se bornent à rappeler que la règle d'inopposabilité est une règle coutumière admise pour des considérations pratiques, dans le but de protéger les porteurs de titres, et que les mêmes motifs militent en faveur de son extension en matière civile.

144. Pour que le principe d'inopposabilité puisse être invoqué, il faut que le porteur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait ignoré le vice de la créance au moment de son acquisition. C'est une question de fait. Comme toujours, la bonne foi est présumée. (Art. 2268, C. C.).

De plus, et comme en matière d'effets de commerce, le porteur pourra toujours se voir opposer les exceptions qui résultent de la forme du titre (titre irrégulier) ou

qui apparaissent sur le titre même (versement d'un acompte mentionné sur le titre).

145. Il ne faudrait d'ailleurs peut-être pas pousser trop loin l'assimilation des titres civils et des titres commerciaux au point de vue de l'inopposabilité des exceptions. Si dans les deux cas les porteurs ont des droits de même nature, il ne faut cependant pas oublier que ces deux espèces de titres ont des buts pratiques très différents.

Les effets de commerce ont à jouer un rôle de monnaie commerciale. (V. *supra*, n° 115). Ils doivent circuler très rapidement, et l'acquéreur n'aurait pas le temps de rechercher si un vice n'entache pas la créance du fait d'un précédent porteur.

La même célérité n'est point exigée en matière d'obligations hypothécaires à ordre et au porteur. Ces obligations ont une vie plus longue que les effets de commerce, et n'ont aucun rôle monétaire.

Or, les effets de la règle d'inopposabilité, règle coutumière et d'origine pratique, doivent se déterminer en fonction du but poursuivi. Ils seront donc moindres dans les obligations hypothécaires à ordre et au porteur que dans les effets de commerce. L'acquéreur de l'obligation hypothécaire à ordre et au porteur devra chercher à vérifier, s'il en a le moyen, la validité de la créance constatée dans le titre avant d'acquérir ce dernier, sinon il serait en faute et pourrait se voir opposer cette faute par le débiteur.

146. Dans le cas des Cédules Hypothécaires notamment, le futur acquéreur devra se renseigner auprès de la Société intermédiaire. Celle-ci, étant prévenue de toutes les transmissions du titre (V. *supra*, n° 97), fera connaître les porteurs précédents et les vices susceptibles d'entacher la créance. Nous verrons plus loin que cette demande préalable de renseignements protège également les porteurs légitimes contre la négociation des titres perdus ou volés (V. *infra*, n° 157).

147. **LES CAS D'INOPPOSABILITE.** — Les cas d'inopposabilité sont peu nombreux dans la pratique en notre matière :

Dans l'arrêt de Cassation du 9 novembre 1896 (S. 97-1-161), c'est l'absence de cause que le porteur ne peut se voir opposer : le débiteur ne peut prétendre ne pas avoir reçu l'intégralité de la somme reconnue dans l'acte.

Dans celui du 31 octobre 1906 (S. 08-1-305), il y avait eu paiement à un précédent porteur. Ce paiement n'est pas opposable au dernier porteur. Il n'était d'ailleurs pas nécessaire, dans ce cas, de faire intervenir un principe d'inopposabilité : il suffisait d'invoquer la faute du débiteur qui avait payé sans demander la restitution du titre ou sans exiger sur celui-ci une mention du paiement.

Quant au cas de compensation entre la créance à ordre ou au porteur et une dette d'un précédent por-

teur envers le débiteur, cas si souvent cité en exemple (V. A. Wahl: Précis de droit commercial, n° 1932), il ne peut se présenter. L'article 1291 du Code Civil exige en effet pour que la compensation se produise, que les deux dettes soient exigibles ; or, la créance transmise par endos ou tradition ne l'était pas entre les mains du précédent porteur : c'était alors une créance à terme, et la compensation ne pourrait se produire qu'avec une dette du dernier porteur, du porteur au jour de l'échéance.

Tissier, en note au S. 97-1-161, conclut fort justement : « Les exceptions que le débiteur ne peut opposer au porteur du titre, alors qu'il aurait pu les opposer aux porteurs antérieurs, sont en réalité assez peu nombreuses ; on peut se demander si un raisonnement rigoureux n'arriverait pas à les restreindre encore ».

148. Il faut remarquer en terminant, que dans le système des Cédules, les exceptions opposables par le débiteur, telles que les causes de nullité provenant de l'incapacité du débiteur ou d'un vice de son consentement, ne seraient pas opposables par la Société-caution solidaire. (V. Aubry et Rau, t. IV, § 298 *ter*).

149. PARAGRAPHE V. — **Contre qui le porteur peut-il recourir en cas de non-paiement?** — Le porteur d'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur n'a pas, comme le porteur d'effet de commerce, à faire dresser **protêt** lorsqu'il n'est pas payé au jour de

l'échéance. Le protêt constitue en effet une formalité exclusivement commerciale ; c'est une menace de plus contre le débiteur pour le forcer à s'acquitter au jour de l'échéance.

En ce sens : Toulouse, 8 mai 1901 (*D.* 02-2-280) :
« Attendu que la nécessité du protêt et du recours dans les délais de la loi n'est pas une conséquence de la clause à ordre, mais bien de la nature de l'effet, qu'elle s'applique uniquement à la lettre de change aux termes des articles 162 et suivants du Code de Commerce ».

De même, ainsi qu'il ressort des termes de cet arrêt, les **délais de recours** très brefs prévus en matière d'effets de commerce, ne doivent pas être étendus.

En cas de non paiement par le débiteur, contre qui le porteur pourra-t-il exercer un recours ?

150. A) **RECOURS CONTRE LA SOCIÉTÉ-CAUTION.** — Dans le système des Cédules Hypothécaires, contre la Société-caution. Celle-ci désintéressera le porteur, puis fera vendre l'immeuble hypothéqué si le débiteur ne peut la rembourser. Nous avons vu (*supra*, n° 130), qu'en pratique, dans tous les cas, même si le débiteur est parfaitement solvable, c'est la Société qui rembourse le dernier porteur en rachetant la cédule.

151. B) **RECOURS CONTRE LES ENDOSSEURS ?**
— Mais au cas de titre à ordre, le porteur pourrait-il, comme en matière d'effets de commerce, agir en garan-

tie contre les endosseurs? Ces derniers sont-ils solidairement responsables du paiement. (Art. 140 C. Com.) ? Il ne semble pas, et cela pour quatre raisons:

1^o La créance est déjà garantie par une hypothèque. Dans l'effet de commerce au contraire, la responsabilité solidaire des signataires est la seule garantie de paiement ;

2^o Si les endosseurs étaient solidairement responsables, dans le système des Cédules Hypothécaires, la Société intermédiaire, qui est premier endosseur, n'aurait pas besoin d'insérer dans le titre, un acte spécial de cautionnement, puisqu'elle serait de plein droit caution solidaire. L'adjonction de cet acte de cautionnement (V. *supra*, n^o 94) doit donc être considéré comme une manifestation formelle de la volonté des parties, écartant la responsabilité solidaire des endosseurs ;

3^o L'article 1202 du Code Civil dispose que la solidarité, étant une garantie exceptionnelle, ne doit avoir lieu que dans les cas où elle a été expressément stipulée ;

4^o Enfin et surtout, la garantie solidaire de tous les signataires d'un effet de commerce ne s'explique que par le rôle de monnaie fiduciaire de ces effets. Il ne faut donc pas l'étendre aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur. En ce sens: Boistel: Précis de droit commercial, n^o 753 ; Thaller : Traité de droit commercial, n^o 1502 ; Lacour et Bouteron: Traité de droit commercial, n^o 1400.

Chaque endosseur n'est donc responsable que de l'existence de la créance au moment de l'endossement, aux termes de l'article 1693 du Code Civil.

Pour éviter toute discussion sur ce sujet, il serait prudent d'insérer dans l'acte d'obligation, une clause spéciale stipulant la non-responsabilité solidaire des endosseurs. .

152. Dès lors, l'obligation hypothécaire à ordre ne se distingue plus guère de celle au porteur quant à ses effets. La seule différence est que la transmission de l'obligation à ordre doit être accompagnée de la signature du cédant, ce qui diminue les risques de perte et de vol. De plus, nous verrons que les obligations à ordre ont un régime fiscal moins rigoureux que les obligations au porteur. (V. *infra*, n° 180).

153. PARAGRAPHE VI. — **Qui donne mainlevée de l'inscription?** — Le porteur de la grosse, étant substitué au créancier originaire, peut donner mainlevée de l'inscription après le paiement. (Bordeaux, 7 février 1846: S. 46-3-321).

Le notaire, en rédigeant l'acte de mainlevée, certifie que le requérant est effectivement porteur, et ceci met à couvert la responsabilité du conservateur.

Mention de la mainlevée est faite sur la grosse. Cette mention empêché la remise frauduleuse en circulation de la grosse par le débiteur. (V. *supra*, n° 65).

154. Dans les Cédules Hypothécaires, la formule

suivante est insérée: « Le dernier bénéficiaire de l'endos (ou: le dernier porteur) pourra se désister du droit d'hypothèque, consentir toutes cessions d'antériorité, faire mainlevées totales ou partielles et consentir à la radiation partielle ou définitive de l'inscription hypothécaire, toujours à concurrence de la somme en principal, intérêts et accessoires que chaque grosse représentera, sauf autre formalité que l'énonciation dans les actes que la grosse aura été représentée au notaire, et qu'il aura mentionné dessus ces cessions d'antériorité ou mainlevée ». Toutefois, il est stipulé comme condition du cautionnement de la Société (Condition n° 1), que « le créancier ne pourra donner mainlevée totale ou partielle de l'inscription hypothécaire sans le consentement de la Société-caution ». Cet acte rentre en effet dans la catégorie des actes « amoindrissant le gage ou aggravant le risque de la Société », et il est juste que cette dernière y participe.

En pratique, la Société rachète toutes les Cédules (V. *supra*, n° 130), et c'est elle qui requiert mainlevée lorsque le débiteur l'a remboursée. Un cachet indiquant le remboursement est apposé sur la grosse, en plus de la mention mainlevée. De ce fait, la grosse est rendue inutilisable.

155. SECTION III. — **DESTRUCTION, PERTE OU VOL DU TITRE**

Une critique qui a été souvent adressée aux obli-

gations hypothécaires à ordre et au porteur, c'est le danger de destruction, de perte ou de vol. Dans ces cas, a-t-on dit, la perte du titre entraîne perte du droit. En effet, dans les titres à ordre et au porteur, il y a incorporation complète de la créance dans le titre qui la constate. Celui-ci est la personnification juridique de la créance.

Nullement! Si en temps normal la créance ne se transfère qu'avec le titre et grâce au titre, elle ne se confond cependant pas avec lui, elle garde une existence juridique indépendante. Le créancier dépossédé de son titre par destruction, perte ou vol, reste donc créancier. Cependant, il est dépourvu de preuve de sa créance, et l'existence du titre hors de ses mains constitue pour lui un danger.

Dans tous les cas où un titre à ordre ou au porteur a été perdu ou volé, trois buts sont poursuivis pour parer à ce danger:

- 1^o Empêcher le paiement du titre ;
- 2^o Empêcher la cession du titre ;
- 3^o Permettre au créancier dépossédé de se procurer un autre titre. Ce dernier but est seul visé au cas de destruction du titre.

156. 1^o En cas de perte ou de vol d'un effet de commerce, le créancier dépossédé fait opposition au paiement entre les mains du débiteur (article 149 et suivants du Code de Commerce) : il lui interdit de payer,

et le paiement que ferait le débiteur malgré l'opposition ne serait pas valable. Il en est de même en matière de titres de bourse (lois du 15 juin 1872 et du 8 février 1902).

Rien ne permet d'étendre ces textes spéciaux, aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur.

Cependant, une opposition faite au débiteur par le créancier dépossédé, empêcherait ce débiteur de faire un paiement de bonne foi. (V. *supra*, n° 126). Devant une telle opposition, le débiteur devrait refuser de payer le porteur, et devrait le mettre en rapport avec l'opposant. Porteur et opposant s'entendraient alors ou bien plaideraient. Si le débiteur payait sans tenir compte de l'opposition, le paiement ne serait pas opposable au véritable créancier (n° 126).

D'ailleurs, même en l'absence d'opposition, le créancier est partiellement protégé s'il s'agit d'un titre à ordre, car le débiteur devra vérifier la chaîne des endossements et au besoin s'informer auprès des endosseurs. (V. *supra*, n° 127).

Dans le cas des Cédules Hypothécaires, la Société intermédiaire, n'ayant été informée d'aucune cession, refusera et empêchera le paiement, même en l'absence d'opposition, et s'informerera auprès du dernier porteur pour savoir s'il y a réellement eu cession ou bien s'il y a eu perte ou vol. (V. *supra*, n° 128).

157. 2° Pour empêcher la négociation d'un titre de bourse au porteur perdu ou volé, le créancier dépossédé

fait opposition au Bulletin du Syndicat des agents de change. (Lois du 15 juin 1872 et du 8 février 1902). Les intermédiaires de bourse qui négocieraient un titre sur lequel existe une opposition seraient responsables envers l'opposant. Cette législation protectrice ne peut évidemment être étendue aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur, puisque celles-ci se transmettent sans intermédiaire.

Le créancier d'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur qui a été dépossédé de son titre n'est cependant pas désarmé. Si le porteur illégitime a cédé le titre, le créancier dépossédé pourra opposer à l'acquéreur, la perte ou le vol, sauf si ce dernier :

a) Etait de bonne foi, c'est-à-dire ignorait que le titre était un titre perdu ou volé au moment où il l'a acquis.

b) N'avait aucun moyen de connaître l'état juridique véritable du titre. Si le titre est à ordre, il pouvait déceler par exemple l'irrégularité de la chaîne des endossements et s'informer auprès des précédents porteurs.

Lorsqu'il s'agit de Cédules Hypothécaires, il devait s'adresser à la Société intermédiaire (V. également, *supra*, n° 146), qui lui aurait fait connaître l'illégitimité de la possession du titre.

158. 3° Enfin, comment le créancier dépossédé par destruction, perte ou vol, pourra-t-il obtenir un autre titre?

L'article 154 du Code de Commerce, qui prévoit le cas pour les effets de commerce ne saurait être étendu aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur.

Par contre, les articles 844 et 845 du Code de Procédure, qui permettent la délivrance d'une seconde grosse sur décision du président du tribunal civil, peuvent être étendus en raison de leurs termes très généraux. La Cour de Cassation admet aujourd'hui cette extension. (16 avril 1923: Répertoire général du Notariat. Jurisprudence, 1923, p. 472), après l'avoir repoussée pendant longtemps. (10 juin 1918: S. 20-1-218). Le président du tribunal, qui est muni d'un pouvoir discrétionnaire, n'accordera l'autorisation de délivrer une seconde grosse que s'il existe de fortes présomptions en faveur du requérant. Dans le système des Cédules Hypothécaires, ces présomptions résulteront notamment du fait que la Société-caution n'a été informée d'aucune cession par le créancier dépossédé, et que le paiement des intérêts n'a été réclamé par personne depuis le moment de la dépossession.

159. En résumé, on peut conclure avec M. Paston (*op. cit.* au n° 13) que « le danger de perte ou de vol est bien moins à redouter au point de vue de ses conséquences, pour les obligations hypothécaires à ordre et au porteur que pour les valeurs de Bourse » ; surtout lorsqu'il s'agit de Cédules Hypothécaires, peut-on ajouter, car la Société intermédiaire, qui se maintient en

contact permanent avec le porteur, interviendrait pour le protéger, ainsi que nous l'avons vu, au cas où il serait dépossédé de son titre.

Cependant, il serait prudent de prévoir dans l'acte d'obligation hypothécaire à ordre ou au porteur, les cas de destruction, perte et vol. C'est ainsi que Defrénois (Répertoire général pratique du notariat, législation commentée et formules d'actes, 1910, formule n° 1020), conseille d'insérer les clauses suivantes :

1° En cas de perte ou de vol du titre, il sera fait entre les mains du débiteur opposition au paiement tant du capital que des intérêts ; cette opposition devra être notifiée au notaire rédacteur... ;

2° Si un tiers porteur de la grosse se présente après l'opposition, le débiteur devra en avvertir l'opposant ainsi que le notaire détenteur de la minute ; l'opposant et le tiers porteur devront alors s'entendre entre eux ou à défaut faire valoir leur droit en justice ;

3° Si au bout de X années, l'opposition n'a pas été contredite par un tiers se prétendant créancier, l'opposant pourra réclamer du débiteur le paiement des intérêts ainsi que du capital s'il est échu ; si le capital n'est pas échu, il sera délivré à l'opposant une seconde grosse sans que le débiteur puisse s'y opposer. A partir de la délivrance de la seconde grosse, la première sera considérée comme nulle... ;

4° Si le créancier opposant fournit une caution jugée suffisante, il pourra se faire délivrer immédiatement

une seconde grosse et exercer tous les droits y attachés, sans attendre l'expiration du délai de X années...

Ces clauses seraient utilement introduites dans les Cédules Hypothécaires. Il suffirait de stipuler que les notifications seront également faites à la Société-caution.

160. Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur, et spécialement les Cédules Hypothécaires, n'ont soulevé que de rares difficultés dans la pratique. C'est pourquoi l'on ne trouve sur ces matières que peu de jurisprudence. Les bonnes institutions, comme les filles sages, font peu parler d'elles.

Cependant, nous avons vu que les effets légaux des clauses à ordre ou au porteur dans les obligations hypothécaires peuvent être discutés. Pour éviter toute contestation, il serait prudent de stipuler formellement les effets conventionnels, en insérant dans les grosses, des clauses formelles sur tous les points où le doute pourrait naître.

C'est ainsi qu'il faudrait préciser, dans les obligations à ordre, que les endosseurs ne seront point solidairement responsables du paiement, mais que, conformément au droit commun des articles 1693 et suivants du Code Civil, ils garantiront seulement l'existence de la créance au moment de l'endossement. De même, il serait bon d'insérer dans toutes les obligations, qu'elles soient à ordre ou au porteur, les clauses spéciales prévoyant les cas de destruction, perte ou vol du titre, que nous avons formulées au numéro précédent.

CHAPITRE V

L'aspect fiscal de la question

161. Pendant longtemps les obligations hypothécaires à ordre et au porteur ont été assimilées aux obligations nominatives au point de vue fiscal. Mais des lois récentes sont venues les frapper de taxes spéciales, plus élevées.

Nous examinerons séparément le régime fiscal des obligations hypothécaires à ordre, et celui des obligations hypothécaires au porteur, car ces dernières présentent des différences plus grandes avec les obligations nominatives, au point de vue fiscal.

162. SECTION I. — **LES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES AU PORTEUR**

PARAGRAPHE I. — **Ressemblances avec les obligations hypothécaires nominatives.** — Les obligations hypothécaires au porteur ont le même régime fiscal que les obligations nominatives en ce qui concerne les impôts sur le revenu et les droits de mutation par décès.

A) **IMPOT GENERAL SUR LE REVENU.** — Aux termes de l'article 76 du décret du 15 octobre 1926,

portant codification des textes concernant l'impôt sur les revenus, « l'impôt est établi d'après le montant total du revenu net annuel dont dispose chaque contribuable ». Ce texte ne distingue pas entre les divers revenus. Le revenu des obligations hypothécaires au porteur est donc soumis à l'impôt général sur le revenu.

Cet impôt, dont le taux est progressif (Art. 83 du décret), est perçu grâce à la déclaration que devra faire le porteur. (Art. 86 du décret).

163. B) IMPOT CEDULAIRE SUR LE REVENU DES CAPITAUX MOBILIERS. — L'article 65 du décret du 28 décembre 1926, portant codification des textes qui régissent les valeurs mobilières, dispose : « L'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers établi par les articles 48 et suivants, et dont le taux a été fixé par l'article 51 (à 18 % sans décimes), s'applique aux intérêts, arrérages et tous autres produits :

1^o Des créances hypothécaires... » Ce texte très général assujettit au droit proportionnel de 18 % les intérêts de toutes les créances hypothécaires, sans distinguer si elles sont nominatives, à ordre ou au porteur.

L'impôt est perçu par l'apposition de timbres mobiles sur les quittances (Décret du 20 décembre 1917, art. 1^{er}). Ces timbres sont oblitérés par la signature ou la griffe de la personne qui donne quittance (art. 2).

Pour assurer le paiement du droit, l'article 70 du décret du 28 décembre 1926 dispose que l'inscription

ne peut être radiée que s'il est justifié du paiement des droits sur les intérêts. Le décret du 19 novembre 1926 détermine la forme et le mode de production des justifications. Il faut notamment produire les quittances revêtues de timbres mobiles suffisants.

« Le droit est à la charge exclusive du créancier, nonobstant toute clause contraire, qu'elle qu'en soit la date, dit l'article 66 du décret du 28 décembre 1926 ; toutefois le créancier et le débiteur en sont tenus solidairement ». Aussi le débiteur a-t-il intérêt à payer l'impôt pour pouvoir obtenir plus tard radiation de l'hypothèque, et à le prélever sur les intérêts.

Afin que les parties soient bien prévenues de ces dispositions, l'article 69 du décret du 28 décembre 1926 ordonne au notaire qui reçoit un acte d'obligation, de donner lecture aux parties, des articles 65 et 66, et de mentionner cette lecture dans l'acte, à peine d'une amende.

164. C) **DROITS DE MUTATION PAR DECES.**

— Les droits de mutation par décès frappent tous les biens recueillis dans la succession (article 294 du décret du 28 décembre 1926, portant codification des textes législatifs concernant l'enregistrement des actes de mutations). Les obligations hypothécaires devront donc figurer dans la déclaration faite par l'héritier et seront soumises aux droits progressifs de mutation par décès. Nous verrons plus loin si la fraude par non déclara-

tion est facile, comme on l'a prétendu, et si le fisc n'a aucun moyen de connaître la mutation.

165. PARAGRAPHE II. — **Différences avec les obligations hypothécaires nominatives.**

A) **DROIT DE MUTATION ENTRE VIFS.** — Au contraire des obligations hypothécaires nominatives, les obligations hypothécaires au porteur ne sont pas soumises au droit de cession de créance.

Les cessions d'obligations hypothécaires nominatives ont lieu, nous l'avons vu, par acte notarié (V. *supra*, n° 6) ; elles doivent être enregistrées et donnent lieu au droit d'enregistrement de 1,50 %.

Les cessions d'obligations hypothécaires au porteur, au contraire, se font par simple tradition, et c'est pourquoi, en l'absence de tout acte écrit, de toute preuve, elles échappent à tout droit de cession (*Journal de l'enregistrement*, 15.913-1).

166. B) **DROIT D'ENREGISTREMENT DE L'ACTE D'OBLIGATION.** — Le fait que les cessions d'obligations hypothécaires au porteur échappent à tout droit était préjudiciable au Trésor et rendait le régime des obligations hypothécaires au porteur plus favorable que celui des obligations hypothécaires nominatives. Aussi, pour compenser, pensa-t-on à élever le droit à la création des obligations au porteur.

Le droit d'enregistrement des actes d'obligations

hypothécaires nominatives était de 1 %. (Il fut porté à 1,50 % par les lois du 6 prairial an VII, art. 1^{er} ; 23 août 1871, art. 1^{er} ; 30 décembre 1873, art. 2 et 22 mars 1924, art. 3.

L'article 24 de la loi de budget du 31 décembre 1921 porta « à 3 % sans décimes le droit de 1 % en principal applicable, en vertu de l'article 69, § 3, n° 3 de la loi du 22 Frimaire an VII, aux actes portant obligations hypothécaires au profit du porteur de la grosse... » Ce droit fut élevé à 3,60 % par la loi du 22 mars 1924.

Le droit d'enregistrement sur les actes portant obligations hypothécaires au porteur était donc supérieur de 2,10 % à celui sur les actes portant obligations hypothécaires nominatives. C'était largement suffisant pour indemniser le fisc des droits de cession non perçus, car nous avons vu que les obligations hypothécaires au porteur se transfèrent peu en fait : le prêteur a voulu se réserver la possibilité de céder facilement et à peu de frais sa créance en cas de besoin, mais il a entendu avant tout faire un placement, acquérir une valeur qu'il gardera en portefeuille. (V. *supra*, n° 115).

Le législateur ne s'est cependant pas contenté de cette élévation du droit, et l'article 47 de la loi de budget du 13 juillet 1925 a porté « à 5 % en principal (soit 6 % avec le double décime) le droit prévu à l'article 24 de la loi du 31 décembre 1921, relatif aux grosses au porteur ».

Cette élévation du droit était justifiée par une nouvelle considération: l'obligation hypothécaire au porteur, disait-on, est une source de fraudes fiscales. C'est cette accusation que nous allons maintenant examiner.

167. PARAGRAPHE III. — **Les fraudes fiscales possibles?**

A) **L'ACCUSATION.** — Les rédacteurs de la loi de 1925 n'ont fait que reprendre, et appliquer aux obligations hypothécaires au porteur, un vieux grief qu'on faisait depuis longtemps aux titres au porteur en général: « La plupart des impôts établis sur les titres au porteur, à commencer par l'impôt de mutation par décès, ne sont que rarement acquittés », disait Wahl dans son *Traité des titres au porteur*, t. II, p. 381. « Le parlement manifeste actuellement une tendance accusée à surtaxer les valeurs au porteur sous toutes leurs formes (nous verrons plus loin que cette tendance a changé depuis lors); ces valeurs, transmissibles le plus souvent par la tradition *brevi manu*, échappent en effet, dans une très large proportion, aux droits de mutation à titre gratuit, ainsi qu'à l'impôt général », reprenait M. Bokanowski (*Commentaire pratique de la nouvelle loi de finances du 13 juillet 1925*).

168. Ces accusations se rencontraient déjà dans les motifs de la loi du 31 décembre 1921, mais elles furent formulées plus vigoureusement en 1925.

Un acte au porteur que l'on voulait surtout atteindre, c'était la grosse au porteur pour prix de vente d'un immeuble. Cet acte, plus encore que la grosse hypothécaire au porteur, était, disait-on, une source considérable de fraudes fiscales. « Un autre genre de fraude se pratique couramment à l'aide des grosses au porteur, disait le rapporteur général de la loi du 13 juillet 1925 ; c'est une invention nouvelle des notaires qui s'ingénient à la fraude. Elle consiste, lors d'une vente d'immeuble dont le prix reste dû en totalité ou en partie, à remettre à un tiers la grosse de l'acte de vente... »

Et c'est pourquoi le texte suivant fut proposé par la Commission des finances de la Chambre des députés : « L'article 1283 du Code Civil est complété par la disposition suivante : Tout transfert de créance constaté simplement par la remise d'une grosse au porteur, est nul d'une nullité d'ordre public ». Ainsi la grosse au porteur pour prix de vente d'un immeuble, visée principalement, était prohibée pour raisons fiscales ; et du même coup la rédaction d'obligations hypothécaires au porteur, autre source de fraude fiscale, se trouvait interdite.

169. Il convient tout d'abord d'adresser à ce texte primitif, une critique terminologique. L'article 1283 du Code Civil dispose : « La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire ». Par

« remise de la grosse », cet article entend : restitution. Au contraire, dans le projet d'addition, « remise de la grosse » est synonyme de tradition. Il y a là un jeu de mots, et la disposition projetée n'aurait eu aucun rapport avec le passage du Code, visant la remise de dette, dans lequel elle se serait trouvée insérée.

170. Fort heureusement, à la suite des interventions de M. Schleiter, qui prit, avec l'appui de M. le ministre des finances, la défense du corps notarial attaqué par M. le rapporteur général (Chambre des députés, séance du 24 février 1925, *Journal officiel, Débats*, t. II, p. 1227), et de M. René Lafarge (Chambre des députés, séance du 2 juillet 1925, *J. O., Déb.*, t. III, p. 3086), le projet primitif fut repoussé.

« La grosse au porteur, disait M. René Lafarge, comme toutes les institutions humaines, présente des inconvénients et des avantages. Si l'on faisait la balance des uns et des autres, il serait difficile, je crois, de conclure à sa disparition. En définitive, il n'y a pas d'autre moyen pratique de mobiliser le crédit hypothécaire ». Mais après avoir ainsi constaté l'utilité incontestable de l'obligation hypothécaire au porteur, M. René Lafarge allait proposer un nouveau texte qui, par un droit prohibitif, la condamnait pratiquement à disparaître. Ce nouveau texte, qui devint l'article 47 de la loi du 13 juillet 1925, portait à 6 % le droit applicable aux obligations hypothécaires au porteur. Nous allons en faire la critique.

171. B) **CRITIQUE.** — 1^o Tout d'abord, nous devons constater que la loi n'a pas abouti à ce que visait le projet primitif: ce qu'on voulait atteindre, c'était avant tout, nous l'avons vu, la grosse au porteur pour prix de vente d'immeuble. Or le texte définitif n'en parle plus; il se borne à élever le droit sur les grosses hypothécaires au porteur.

172. 2^o Supposons maintenant que la défiance du législateur soit justifiée, que l'obligation hypothécaire au porteur puisse donner lieu à des dissimulations plus faciles. Cela justifie-t-il une augmentation considérable des droits? Nous ne le pensons pas. L'élévation d'un droit en raison des fraudes fiscales possibles est injustifiée en principe:

a) Elle fait en effet pâtir les bons des actes des mauvais. Celui qui fait scrupuleusement des déclarations parfaites, paie pour celui qui dissimule.

b) On peut même soutenir qu'elle donne à l'assujetti un droit moral de fraude: au moment de la création de l'acte, il a payé pour le cas où il ferait de fausses déclarations.

c) Enfin, lorsque l'augmentation du droit est si considérable qu'elle équivaut pratiquement à une prohibition, on doit invoquer le grand principe, qui veut que le droit civil domine le droit fiscal et qu'un acte permis au point de vue civil ne soit pas interdit par une fiscalité abusive. « Quant à la nécessité d'armer le droit fiscal dans la lutte contre la fraude, dit M. Pilon, rien de plus

légitime. Mais la fin ne justifie pas tous les moyens... Elle ne justifie pas la suppression totale ou partielle des principes fondamentaux du droit civil. On ne sape pas une règle de droit (liberté des conventions) enracinée depuis longtemps dans une législation et qui a conservé toute sa valeur pratique, pour satisfaire aux besoins passagers du Trésor. C'est à ce qui est éphémère de s'adapter à ce qui est durable ». (E. Pilon: Principes et technique des droits d'enregistrement, t. I, p. 51.

173. 3° D'ailleurs, si l'obligation hypothécaire au porteur provoquait des fraudes fiscales à l'égal des autres titres au porteur, à tout le moins ne devrait-elle pas être traitée plus défavorablement qu'eux. Or les titres de Bourse qui, eux, peuvent réellement donner lieu à des fraudes, ont un traitement fiscal moins rigoureux que les obligations hypothécaires au porteur.

Les actions et obligations au porteur ne paient pas, à leur création, un droit plus considérable que les actions et obligations nominatives. Elles n'acquittent en plus, pour compenser les droits de cession non perçus, qu'une taxe annuelle que l'article 30 du décret du 28 décembre 1926 fixait à 0,84 %, et que l'article 32 du même décret réduit à 0,50 %, décimes compris, à partir du 1^{er} janvier 1927.

Les titres de Bourse au porteur furent pourtant, eux aussi, l'objet de vives attaques. (Documents parlementaires: Chambre des députés, 1919, n° 5794). On

parla même pendant un moment de les supprimer, mais on recula devant les multiples inconvénients économiques de la suppression. « Ce serait, disait M. Emile Vidal, un acte de régression économique ». (E. Vidal: Cote Desfossés, 27 avril 1920. Voir également H. Baudot: Les conséquences économiques et financières de la suppression des titres au porteur. Thèse Lyon, 1921). Renonçant donc aux projets de suppression, on se contenta de surtaxer. (V. *supra*, n° 167, citation de M. Bokanowski).

Aujourd'hui, la tendance a changé: on a enfin compris que l'intérêt économique doit dominer l'intérêt fiscal, et qu'on risquait de porter un rude coup à l'industrie en frappant trop durement les titres de Bourse. C'est cette considération qui a provoqué la réduction de la taxe annuelle de 0,84 à 0,50 %. Cette tendance favorable ne devrait pas être restreinte aux titres de Bourse, et les mêmes motifs militent en faveur de la diminution du droit excessif de 6% sur les obligations hypothécaires au porteur.

174. 4° Voyons maintenant si l'accusation elle-même est justifiée, si réellement les obligations hypothécaires au porteur donnent lieu à des fraudes, et notamment à des dissimulations dans les successions. Tout d'abord, a-t-on la preuve que ces fraudes soient fréquentes? Nullement! C'est une simple présomption! Voici, au surplus, le raisonnement présenté par M. Bokanowski

sur ce sujet. (Rapport supplémentaire. *J. O.*, Chambre, annexe, n° 3494, p. 286). « Il a été constaté, dit M. Bokanowski, à la suite des récentes majorations de l'impôt de succession, que la proportion en nombre et en sommes des obligations notariées au porteur par rapport aux autres obligations s'est tout à coup considérablement accrue. Or, **cette faveur nouvelle dont elles jouissent ne peut s'expliquer que par les facilités qu'elles procurent à la fraude.** Il importe de remédier à cette situation ». Comment ! Parce qu'une institution se développe, on doit en conclure nécessairement qu'elle favorise la fraude fiscale ? C'est présumer la mauvaise foi ! Et c'est arriver à surtaxer, et peut-être à annihiler, les procédés les plus utiles au point de vue juridique ou économique. M. Bokanowski montre d'ailleurs, quelques lignes plus haut, le vice de son raisonnement : « Ce procédé de mobilisation du crédit hypothécaire, quelques avantages qu'il présente au point de vue économique... », dit-il. Dès lors, si le procédé présente de si grands avantages économiques, pourquoi donc s'étonner de son développement et vouloir « remédier à cette situation » ? (V. également *supra*, n° 113).

175. 5° La fraude fiscale est d'ailleurs, avec les obligations hypothécaires au porteur, beaucoup moins à redouter qu'avec les titres de Bourse au porteur ; elle est même pratiquement impossible avec les Cédules Hypothécaires qui, seules, sont largement employées :

a) Les notaires, chez qui sont en général payés les revenus, ont connaissance de la mutation par décès, et ils ont le même intérêt que le fisc à empêcher une dissimulation qui les frustrerait de leurs honoraires.

b) L'article 46 de la loi du 13 juillet 1925, reproduit à l'article 11 du décret de codification du 28 décembre 1926, dispose: « Sont présumés, jusqu'à preuve contraire, faire partie de la succession, pour la liquidation et le paiement des droits de mutation par décès, les titres et les valeurs dont le défunt a perçu les revenus moins d'un an avant son décès et dont les héritiers, donataires ou légataires universels ou à titre universel du défunt sont ultérieurement reconnus être en possession ». Dans le système des Cédules, le paiement des intérêts a lieu tous les six mois; l'article 46 de la loi du 13 juillet 1925 pourra donc jouer.

c) La Société-caution qui est débitrice solidaire, dans le système des Cédules, a connaissance de la mutation. Elle devra, en vertu de l'article 15, § 3 de la loi du 25 février 1901, la déclarer au fisc. « Les Sociétés débitrices de titres dépendant d'une succession qu'elles sauraient ouverte, dit en effet ce texte, devront adresser... au directeur de l'enregistrement... la liste de ces titres ».

d) Enfin le fisc a le moyen de connaître lui-même les mutations, puisque la loi du 4 avril 1926, article 32 (article 182 du décret du 28 décembre 1926 sur l'enregistrement), lui donne le droit de contrôler les livres de

la Société-caution. « Les pouvoirs appartenant aux agents de l'enregistrement, par application de la législation en vigueur à l'égard des sociétés par actions, peuvent être exercés à l'égard de toutes personnes ou de tous établissements exerçant le commerce de banque, en vue du contrôle du paiement des impôts dus tant par ces derniers que par des tiers ».

En résumé, le législateur a joué sur les mots « au porteur ». L'obligation hypothécaire au porteur ne se transfère ni aussi fréquemment ni aussi secrètement que les titres de Bourse au porteur, et c'est à tort qu'elle a été frappée de droits écrasants.

176. Il faut noter que le texte de l'article 47 de la loi du 13 juillet 1925 n'assujettit au droit de 6 % que les « grosses » hypothécaires au porteur. Les actes en brevet contenant constitution d'hypothèque (V. *supra*, n° 54) et transmissibles au porteur ne sont donc frappés que du droit de 3,60 % en vertu de l'article 24 de la loi du 31 décembre 1921. Cette différence de traitement entre les grosses et les actes en brevet est parfaitement injustifiée.

177. SECTION II. — LES OBLIGATIONS HYPOTHECAIRES A ORDRE

Au contraire des obligations hypothécaires au porteur, les obligations hypothécaires à ordre devraient être entièrement assimilées aux obligations nomina-

tives au point de vue fiscal. Non seulement elles sont soumises aux mêmes impôts sur le revenu et aux mêmes droits de mutation par décès, mais encore elles sont passibles des mêmes droits de mutation entre vifs. En bonne logique, le droit d'enregistrement exigible au moment de la création de l'obligation à ordre, devrait donc être le même que celui qui frappe la création de l'obligation nominative. Nous verrons cependant qu'il est beaucoup plus élevé.

178. PARAGRAPHE I. — **Droit de mutation entre vifs.** — L'endossement de l'obligation hypothécaire à ordre est passible du droit de 1,50 %, comme la cession de l'obligation nominative. La signature de l'endosseur constitue en effet un acte écrit, une preuve suffisante de la mutation.

En vain certains auteurs (Ch. Guilhaud: Manuel de droit fiscal spécial au notariat, n° 880) ont-ils invoqué l'article 70, § 3, n° 15 de la loi de Frimaire an VII (C. Enr., art. 315, § 3, n° 25) pour prétendre que cet endossement était dispensé d'enregistrement. « Sont exempts de la formalité de l'enregistrement, dit ce texte, les lettres de change et autres effets négociables, sauf s'ils ont donné lieu à des protêts, les endossements et acquits de ces effets ».

Il s'agit seulement ici d'une faveur commerciale, et « effets négociables » est synonyme d'« effets de commerce ». L'endossement n'est donc dispensé d'enregis-

trement qu'en matière d'effets de commerce, et l'article 315, § 3, n° 25 du Code de l'Enregistrement ne doit pas être étendu aux obligations hypothécaires à ordre. D'ailleurs, si l'on admettait cette extension, seraient dispensés de l'enregistrement non seulement les endossements, mais encore les actes d'obligations hypothécaires à ordre, en vertu du texte même de l'article invoqué, et ceci est contraire à la loi. De plus, l'article 315, § 3, n° 25 du Code de l'enregistrement parle des protêts auxquels peuvent donner lieu les effets négociables et nous avons vu que les obligations hypothécaires à ordre ne peuvent donner lieu à protêts. (V. *supra*, n° 149).

La taxation de l'endossement était universellement admise depuis que la Cour de Cassation avait décidé dans un arrêt célèbre, le 5 pluviôse an XI (*Journal de l'enregistrement*, n° 1479) qu'une obligation passée devant notaire, avec la faculté stipulée au profit du créancier de pouvoir la transmettre par simple endossement, ne cesse point d'être une obligation toute civile, et en conséquence, que l'endossement d'une pareille obligation constitue un véritable transport de la créance, passible du droit de transport ordinaire. En ce sens: *Journal de l'enregistrement*, nos 1479, 14.099, 16.312 et 26.802; Juris-classeur fiscal; Garnier: Répertoire général de l'enregistrement, au mot cession de créance, n° 2631; Wahl: Traité de droit fiscal, 1902, t. I, n° 343.

« Le droit de 1 % est exigible de quelque manière que s'effectue la cession, fût-ce sous forme d'endossement,

dit Wahl. On ne peut appliquer aux titres autres que les effets négociables, l'immunité accordée par la loi aux endossements des effets négociables ».

Le droit n'est pas exigible au moment de l'endossement, mais seulement au moment où celui-ci est constaté dans un acte public, c'est-à-dire pratiquement au moment de la mainlevée.

179. PARAGRAPHE II. — **Droit d'enregistrement de l'acte d'obligation.** — Puisque les obligations hypothécaires à ordre sont soumises aux mêmes droits que les obligations nominatives quant aux mutations, il devrait en être de même à la création. Or l'article 24 de la loi du 31 décembre 1921 a élevé à 3 % le droit d'enregistrement applicable aux actes d'obligations hypothécaires à ordre, exactement au même taux que pour l'obligation hypothécaire au porteur. Ce droit a été porté à 3,60 % par la loi du double décime, du 22 mars 1924.

Cette élévation du droit est due à une erreur des rédacteurs de la loi de 1921. Ceux-ci, contrairement à l'opinion admise avec raison jusque là, ont affirmé, sans d'ailleurs donner aucune explication ni aucune preuve, que l'endossement n'était pas soumis à l'enregistrement. Autrement dit, ils ont assimilé à tort l'obligation à ordre à l'obligation au porteur. Dès lors, il fallait leur appliquer le même tarif, et c'est ce qui fut fait dans l'article 24 de la loi du 31 juillet 1921. « Les cessions de créance réalisées par le moyen de la tradition ou de l'endosse-

ment échappent à la perception du droit d'enregistrement... », disait par exemple M. Bokanowski dans son Rapport supplémentaire (*J. O.*, Chambre, annexe, n° 3494, p. 286). Cette affirmation, vraie pour les cessions réalisées par tradition (*V. supra*, n° 165), est fausse, nous l'avons vu (*V. supra*, n° 178), en ce qui concerne les cessions réalisées par le moyen de l'endossement. Celles-ci étant frappées du droit d'enregistrement de 1,50 %, rien ne justifie l'élévation du droit d'enregistrement des actes d'obligations hypothécaires à ordre. Ce droit devrait être ramené à 1,50 %, comme en matière d'obligation nominative.

180. En attendant la loi qui viendra rectifier l'erreur commise en 1921, le droit de 3,60 % continue à être exigible. Le fisc a même parfois prétendu percevoir sur les obligations hypothécaires à ordre, le droit de 6 % applicable aux obligations hypothécaires au porteur. Il appuyait cette prétention sur le texte du décret de codification. L'article 271, § 11, VI, du décret du 28 décembre 1926 sur l'enregistrement, codifiant les articles 24 de la loi du 31 décembre 1921 et 47 de la loi du 13 juillet 1925, dispose en effet: « Le droit est porté à 6 % pour les actes portant obligations hypothécaires au profit du porteur de la grosse, aux billets à ordre notariés contenant constitution d'hypothèque, ainsi qu'à tous autres titres d'obligations hypothécaires dont la cession, pour être parfaite, n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1690 du Code Civil, et à 3,60 %

pour les actes d'obligations hypothécaires nominatives, lorsqu'ils constatent ou autorisent la création de billets à ordre en représentation desdites obligations ».

Cet article n'est pas conforme aux textes qu'il codifie! L'article 24 de la loi du 31 décembre 1921 est ainsi conçu: « Est porté à 3 % sans décimes, le droit de 1 % en principal applicable, en vertu de l'article 60, § 3, n° 3, de la loi du 22 Frimaire an VII, aux actes portant obligations hypothécaires au profit du porteur de la grosse, aux billets à ordre notariés contenant constitution d'hypothèque, ainsi qu'à tous autres titres d'obligations hypothécaires dont la cession, pour être parfaite, n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1690 du Code Civil. Le même tarif est également applicable aux actes d'obligations hypothécaires nominatives, lorsqu'ils constatent ou autorisent la création de billets à ordre en représentation desdites obligations ». Et l'article 47 de la loi du 13 juillet 1925 ajoute: « Est porté à 5 % en principal le droit prévu à l'article 24 de la loi du 31 décembre 1921, relatif aux grosses au porteur ».

L'article 24 de la loi du 31 décembre 1921 distingue quatre catégories d'actes auxquels est applicable le droit de 3 % (3,60 % avec le double décime):

1^o Les actes portant obligations hypothécaires au profit du porteur de la grosse;

2^o Les billets à ordre notariés contenant constitution d'hypothèque. Cette expression impropre désigne les obligations hypothécaires à ordre;

3° Tous autres titres d'obligations hypothécaires dont la cession, pour être parfaite, n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1690 du Code Civil (et en particulier les actes en brevet contenant constitution d'hypothèque, et transmissibles au porteur. (V. *supra*, n° 176) ;

4° Les actes d'obligations hypothécaires nominatives lorsqu'ils constatent ou autorisent la création de billets à ordre et en représentation des dites obligations.

L'article 47 de la loi du 13 juillet 1925 se borne à porter à 5 % en principal (6 % avec le double décime) le droit afférent aux actes de la première catégorie. Ses termes sont formels, et l'intention du législateur n'est pas douteuse. Questionné sur la portée de la disposition, M. Chastenet, commissaire du gouvernement, a en effet précisé dans une séance au Sénat, le 9 juillet 1925 (*J. O.*, Sénat, p. 1436), qu'elle « vise uniquement les grosses au porteur ».

L'article 271, § 11, VI, du décret du 28 décembre 1926, allant plus loin, porte à 6 % le droit applicable aux actes des trois premières catégories. Ce texte est illégal: il ajoute en effet aux textes qu'il devrait se borner à codifier; et, au point de vue constitutionnel, un décret ne peut modifier une loi.

Il faut donc appliquer l'article 24 de la loi du 31 décembre 1921, et non la déformation, volontaire ou non, que lui a fait subir l'article 271, § 11, VI, du décret du 28 décembre 1926. V. en ce sens: R. Bassereau: *Revue Foncière de France*, avril 1929, p. 29.

CONCLUSION

181. Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur sont, de l'avis unanime, les seuls procédés pratiques de mobilisation du crédit hypothécaire. (V. *supra*, nos 170 et 174).

Leur validité ayant été reconnue après de longues discussions théoriques (V. *supra*, nos 20 et s.), ces obligations avaient pris dans la pratique un rapide essor grâce à l'institution d'une banque intermédiaire qui assurait la liaison constante entre l'emprunteur et les porteurs successifs, se portait garante du remboursement et donnait toutes commodités aux prêteurs. (V. *supra*, nos 68 et s.).

Ce système fonctionnait au plus grand contentement de tous: emprunteurs, notaires et capitalistes, lorsque le législateur prit ombrage de ce succès. Les obligations au porteur furent accusées de favoriser la fraude fiscale et frappées de droits prohibitifs; les droits sur les obligations à ordre furent injustement élevés.

Nous avons vu ce qu'il convient de penser de ces augmentations de droits. (V. *supra*, nos 171 et s., et 179). Mais n'y a-t-il pas derrière le prétexte fiscal invoqué par le législateur, prétexte qui, nous l'avons vu, n'est nullement justifié, l'action occulte d'un grand

établissement bancaire officiel se livrant à des opérations voisines, et trop fortement concurrencé par le système des Cédules Hypothécaires?

Quoi qu'il en soit, le but visé a été atteint: les Cédules Hypothécaires au porteur, écrasées par l'impôt, ont dû disparaître. (V. *supra*, n° 99). Personne cependant, excepté la banque dont nous parlions, n'avait rien à gagner à cette disparition: les capitalistes, privés d'un mode de placement sûr et commode, devaient employer leurs fonds en valeurs mobilières; et les actions et obligations étaient une source plus considérable de fraudes fiscales. Le fisc perdait donc au change. D'autre part, les capitalistes se livraient en Bourse à des opérations de jeu, dangereuses pour eux et nuisibles à la sécurité financière du pays. Enfin et surtout, le crédit hypothécaire, si nécessaire à la vie nationale, était ruiné.

Défavorisé hier au point de vue civil, le crédit hypothécaire l'est aujourd'hui au point de vue fiscal.

182. Il est à souhaiter que le législateur, revenant sur ses erreurs passées et s'inspirant de la tendance favorable qu'il a déjà manifestée à l'égard des titres de Bourse au porteur, ramène à 3,60 % le droit applicable aux actes d'obligations hypothécaires au porteur, et à 1,50 % le droit applicable aux actes d'obligations hypothécaires à ordre. Cette diminution sera juste au point de vue fiscal et utile au point de vue économique.

Le rapporteur général de la loi du 13 juillet 1925 fut d'ailleurs lui-même effrayé par l'énormité du droit dont on allait frapper les obligations hypothécaires au porteur. « Le droit de 5 % est peut-être excessif », disait-il le 2 juillet 1925 à la Chambre des députés (*J. O.*, Chambre, t. III, p. 3086).

Déjà Paston conseillait au législateur de se montrer favorable aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur. « Si le législateur, disait-il, voulait améliorer profondément cette branche importante du crédit hypothécaire, il ferait bénéficier l'hypothèque immobilière à ordre et au porteur de la diminution des droits fiscaux qu'il a accordée à l'hypothèque maritime ». (Paston, *op. cit. supra*, n° 13).

En attendant, nous regrettons qu'un système ingénieux élaboré par la pratique, reconnu valable au point de vue juridique et utile au point de vue économique, ait vu son fonctionnement entravé et partiellement détruit par une fiscalité injuste, excessive et mal comprise. « L'impôt étant, par définition, la prestation pécuniaire versée pour satisfaire aux dépenses d'intérêt général, par les membres d'une communauté organisée, écrit M. Pilon, il en résulte que la loi qui l'édicte doit se modeler sur l'organisation politique, économique, juridique et sociale de cette communauté. Cette structure qui lui est antérieure et supérieure, le droit fiscal doit s'y adapter et non la détruire ». (E. Pilon: *Principes et technique des droits d'enregistrement*, t. I, p. 51).

183. Pour remplacer la Cédule Hypothécaire écrasée par l'impôt, la Société Foncière du Nord de la France a été amenée à créer un nouveau système, moins onéreux : la Lettre de gage hypothécaire notariée. Celle-ci est une promesse de cession faite par la Société Foncière du Nord au bailleur de fonds, d'une fraction d'une créance hypothécaire dont ladite Société est titulaire. Le capitaliste avance les fonds immédiatement, en échange d'un Reçu de fonds de dépôts et de la grosse notariée de promesse de cession. Il a ainsi entre les mains un titre cessible simplement et sans frais ; et il pourra à tout moment et à sa seule volonté, se saisir réellement de l'hypothèque en levant l'option, c'est-à-dire en réalisant la cession de créance hypothécaire promise dans l'acte.

Ce procédé permet d'éviter le paiement des droits considérables auxquels étaient assujetties les Cédules Hypothécaires, tout en offrant aux capitalistes les mêmes commodités que ces dernières.

Vu : Le Président de la Thèse,
E. PILON

Vu : Le Doyen,
H. BERTHELEMY

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE

- Abrial (P.-P.).** — De l'insuffisance actuelle de l'institution du Crédit Foncier. Paris, 1855.
- Alauzet.** — Commentaire du Code de Commerce et de la législation commerciale. Paris, 1879.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français, 5^e édition Paris, 1902.
- Baudot (H.).** — Les conséquences économiques et financières. de la suppression des titres au porteur. Thèse Lyon, 1921.
- Baudry Lacantinerie et P. de Loynes.** — Du nantissement ; des privilèges et hypothèques, et de l'expropriation, 3^e édit. Paris, 1899.
- Beauchais (P.).** — Des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires. Thèse Paris, 1922.
- Beudant (Ch.).** — Note au *D.* 78-1-241.
- Boistel.** — Précis du cours de droit commercial, 3^e édition. Paris, 1884.
- Bokanowski.** — Commentaire pratique de la nouvelle loi de finances du 13 juillet 1925.
- Buflnoir.** — Discours du 22 février 1894 à la Commission extra-parlementaire du cadastre (Procès-verbaux, fascicule V).
- Cabantous.** — Note au *S.* 38-1-208.
- Capitant (H.).** — De la cause dans les obligations, 3^e édition. Paris, 1927.
- Cauwés (P.).** — Cours d'Économie politique, 3^e édition. Paris, 1893.
- Challamel (J.).** — Étude sur le régime hypothécaire de la ville de Brême. Paris, 1878.
- Chérest (J.).** — La mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables. Thèse Paris, 1912.
- Choquart (A.).** — Les clauses à ordre et au porteur dans les obligations notariées. Thèse Paris, 1909.

- Colinet Capitant.** — Cours élémentaire de droit civil français, 5^e édition. Paris, 1928.
- Decourdemanche (A.).** — Du danger de prêter sur hypothèques, 3^e édition. Paris, 1830.
- Decourdemanche (A.).** — Exposé du but et des opérations de la Compagnie Générale de Mobilisation. Mélanges Valette, mat. div., t. 26. Paris, 1843.
- Defrénois (A.).** — Répertoire général et pratique du Notariat. Jurisprudence. Législation commentée et formules d'actes.
- Defrénois (A.)** Traité pratique et formulaire général du Notariat, 10^e édition. Paris, 1912.
- Demogue (R.).** — Traité des obligations en général. Paris, 1923.
- Denisart (J.-B.).** — Collection des décisions nouvelles. Paris, 1783.
- Ferrière (Claude de).** — La science parfaite des notaires. Paris, 1728.
- Folleville (Daniel de).** — Traité de la possession des meubles et des titres au porteur, 2^e édition. Paris, 1875.
- Garnier (M.).** — Répertoire général de l'enregistrement. Paris, 1927.
- Garnot (P.).** — Des obligations hypothécaires au porteur en droit français. Thèse Lyon, 1894.
- Gazeau (A.).** — De l'organisation des associations d'obligataires dans les sociétés par actions. Thèse Paris, 1921.
- Gide (Ch.).** — Cours d'Économie politique, 7^e édition. Paris, 1923.
- Gillard (A.).** — Etude sur la constitution de l'hypothèque conventionnelle. Thèse Paris, 1889.
- Guilhot (Ch.).** — Manuel de droit fiscal spécial au Notariat, 6^e édition. Paris, 1928.
- Guillouard.** — Traité de la vente et de l'échange, 2^e édition. Paris, 1891.
- Journal de l'enregistrement.*
- Journal officiel.*
- Juris-classeur fiscal* (par A. Wahl).
- Labbé.** — Note au S. 92-1-113.
- Lacour et Bouteron.** — Précis de droit commercial, 3^e édition. Paris, 1925.

- Laurent (F.).** — Principes de droit civil français, 3^e édition. Bruxelles et Paris, 1878.
- Laurent (F.).** — De la fusion du droit civil et du droit commercial. 1903.
- Leroy-Beaulieu (Paul).** — L'art de placer et de gérer sa fortune. Nouvelle édition, par Maxime Renaudin. Paris, 1920.
- Lyon-Caen.** — Note au S. 08-1-305.
- Lyon-Caen et Renault.** — Traité de droit commercial, 5^e édition. Paris, 1921.
- Martin (Germain).** — Les problèmes du crédit en France. Paris, 1919.
- Merlin.** — Recueil alphabétique des questions de droit. Paris, 1810-1830.
- Michel Georges.** — De la réforme du crédit immobilier (*Economiste Français*, du 5 janvier 1889).
- Nouguier (L.).** — Des lettres de change et des effets de commerce en général, 4^e édition. Paris, 1875.
- Paston (L.).** — Des obligations hypothécaires à ordre et au porteur entre particuliers. Thèse Paris, 1907.
- Pépin (Robert).** — Le crédit hypothécaire et sa mobilisation (*Revue Foncière de France*, janvier 1929).
- Pilon (Eustache).** — Principe et technique des droits d'enregistrement. Paris, 1928.
- Planiol (M.).** — Traité élémentaire de droit civil, 10^e édition. Paris, 1925.
- Planiol et Ripert.** — Traité pratique de droit civil. Paris, 1925.
- Répertoire Dalloz.*
- Revue du Notariat.*
- Revue Foncière de France.*
- Saleilles.** — Etude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil Allemand, 2^e édition. Paris, 1901.
- Sarrut.** — Note au D. 02-1-49.
- Thaller et Percerou.** — Traité élémentaire de droit commercial, 7^e édition. Paris, 1925.
- Théry (Edm.).** — La fortune publique de la France.
- Tissier.** — Note au S. 97-1-181.

Tourolle. — La Cédule hypothécaire. Thèse Paris, 1913.

Troplong. — Droit civil expliqué. Paris, 1833.

Wahl (A.). — Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers. Paris, 1894.

Wahl (A.). — Traité de droit fiscal. Paris. 1902.

Wahl (A.). — Précis théorique et pratique de droit commercial. Paris, 1922.

Worms (R.). — De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations. Thèse Paris, 1891.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
Utilité du crédit hypothécaire. — Inconvénients du prêt hypothécaire ordinaire. — Crise du crédit immobilier. — Mobilisation du crédit hypothécaire. — Mobilisation du crédit hypothécaire et mobilisation du sol. — Les Cédules hypothécaires de l'an III. — Les lettres de gage du Crédit Foncier. — Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur. — Commercialisation du droit civil? — Histoire des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires. — Plan.	7

CHAPITRE I

VALIDITÉ DES OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES A ORDRE ET AU PORTEUR

SECTION I. — Validité des clauses à ordre et au porteur dans les créances civiles non hypothécaires.	23
Discussion. — Doctrine. — Jurisprudence.	
SECTION II. — Validité des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires. . .	29
Discussion. — Doctrine. — Jurisprudence. — Législation.	

CHAPITRE II

LES APPLICATIONS PRIMITIVES ET LES OBJECTIONS PRATIQUES

	Pages
SECTION I. — Les applications primitives.	39
§ 1. — Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur émises directement par les particuliers.	39
§ 2. — Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur émises directement par les sociétés.	41
SECTION II. — Critiques.	42
§ 1. — Critique spéciale des obligations hypothécaires à ordre et au porteur émises directement par les sociétés.	42
§ 2. — Objections pratiques aux obligations hypothécaires à ordre et au porteur en général.	44
1 ^o Incertitude des effets.	44
2 ^o Danger de purge.	45
3 ^o Nécessité d'un garant.	46
4 ^o Hostilité des notaires.	49
SECTION III. — Rareté des obligations hypothécaires à ordre et au porteur dans les systèmes primitifs.	51

CHAPITRE III

LE SYSTÈME MODERNE LA SOCIÉTÉ FONCIÈRE DU NORD DE LA FRANCE

La Compagnie générale de la Mobilisation.	54
SECTION I. — La Société Foncière du Nord de la France.	56
Organisation.	57

	Pages
1 ^o Les Services techniques.	58
2 ^o Le Comité d'expertises.	59
3 ^o Le Conseil d'administration.	60
4 ^o Le Comité juridique.	61
L'acte d'ouverture de crédit.	61
L'inscription.	62
SECTION II. — Le système des Cédules Hypothé-	
caires.	62
§ 1. — La grosse hypothécaire à ordre ou au porteur.	63
§ 2. — Le certificat hypothécaire.	68
§ 3. — L'acte de cautionnement.	70
§ 4. — La feuille de coupons.	73
SECTION III. — Le succès des Cédules et ses causes.	
§ 1. — Le succès des Cédules. — Statistiques.	73
§ 2. — Les causes du succès.	75
A. — Les avantages pour l'emprunteur.	75
B. — Les avantages pour le notaire.	76
C. — Les avantages pour le capitaliste.	78
1 ^o Sécurité.	78
2 ^o Commodité.	80

CHAPITRE IV

LES EFFETS DES OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES A ORDRE ET AU PORTEUR

Principes.	83
SECTION I. — Transmission des obligations hypo-	
thécaires à ordre et au porteur.	85
SECTION II. — Paiement des obligations hypo-	
thécaires à ordre et au porteur.	87
§ 1. — A quelle date le paiement doit-il avoir lieu ? — Paiement par anticipation. — Prorogation du délai. — Délai de grâce. — Consignation. — Prescription.	87

	Pages
§ 2. — A qui le paiement doit-il être fait pour être valable? — Qualité du porteur. — Capacité du porteur.	91
§ 3. — Les créanciers du porteur peuvent-ils faire saisie-arrêt ?	95
§ 4. — Quelles exceptions le débiteur peut-il opposer au porteur ?	97
A. — Exceptions personnelles au porteur..	97
B. — Exceptions du fait des précédents porteurs.	97
§ 5. — Contre qui le porteur peut-il recourir en cas de non-paiement?	105
A. — Recours contre la Société-caution. . .	106
B. — Recours contre les endosseurs ? . . .	106
Différences entre l'obligation hypothécaire à ordre et l'obligation hypothécaire au porteur.	108
§ 6. — Qui donne mainlevée de l'inscription ?	108
SECTION III. — Destruction, perte ou vol du titre. .	109
Clauses à insérer.. . . .	114

CHAPITRE V

L'ASPECT FISCAL DE LA QUESTION

SECTION I. — Les obligations hypothécaires au porteur.	117
§ 1. — Ressemblances avec les obligations hypothécaires nominatives.	117
A. — Impôt général sur le revenu.. . . .	117
B. — Impôt cédulaire sur le revenu des capitaux mobiliers.	118
C. — Droits de mutation par décès.	119
§ 2. — Différences avec les obligations hypothécaires nominatives.. . . .	120
A. — Droit de mutation entre vifs.	120
B. — Droit d'enregistrement de l'acte d'obligation.	120

	Pages
§ 3. — Les fraudes fiscales possibles ?	122
A. — L'accusation.	122
B. — Critique de l'accusation.	125
SECTION II. — Les obligations hypothécaires à	
ordre.. . . .	130
§ 1. — Droits de mutation entre vifs.. . . .	131
§ 2. — Droit d'enregistrement de l'acte d'obligation..	133

CONCLUSION

Vœu de réduction des charges fiscales. — Un nouveau système : la Lettre de gage hypothécaire.	137
BIBLIOGRAPHIE.	141
TABLE DES MATIÈRES.	145



